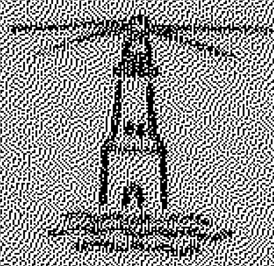
فى أصول النظام الجنائى الإسلامى

دكتور محمد سليم العوّا



دار المعارف

في أصول النظام الجنائي الإسلامي

دراسة مقارنة

الدكتور

محمد سليم العوّا

أستاذ فقه العقوبات المشارك

بجامعة الرياض



دار المعارف

الناشر : دار المعارف - ١١١٩ كورنيش النيل - القاهرة ج . م . ع .

الإهداء

إلى زوجتي

وإلى فاطمة .. ابنتي

أهدي هذا الكتاب ...

محمد سليم العوّا

شكر

لقد ناقشت عدداً من الأفكار والنتائج التى تضمنتها هذه الدراسة مع أستاذى الشيخ محمد مصطفى شلبى ، أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة الإسكندرية . ومع الأستاذ الدكتور أحمد محمد إبراهيم المستشار بمحكمة النقض المصرية سابقاً ، ومع أستاذى الدكتور عبد الفتاح الصيفى أستاذ القانون الجنائى بجامعة الإسكندرية ومع الأخ ، الصادق الود ، الأستاذ محمد الفاتح مدنى ، المستشار القانونى لجامعة الرياض ، الذى تفضل فقرأ مسودة هذه الدراسة .

فإليهم جميعاً أتقدم بشكرى . . .

وأشكر أيضاً الأخوين الأستاذين بشير محمد بشير ، ومحمد صادق لما بذلا من جهد فى نسخ أصول الكتاب على الآلة الكاتبة .

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

قُلْنَا يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِمَّآ أَن تُعَذِّبَ وَإِمَّآ أَن تَتَّخِذَ فِيهِمْ حُسْنًا
قَالَ أَمَّا مَن ظَلَمَ فَسَوْفَ نُعَذِّبُهُۥ ثُمَّ يُرَدُّ إِلَىٰ رَبِّهِۦ فَيُعَذِّبُهُۥ عَذَابًا نُّكْرًا
وَأَمَّا مَنْ ءَامَنَ وَعَمِلَ صَٰلِحًا فَلَهُۥ جَزَآءً ٱلْحُسْنَىٰ ۖ وَسَنَقُولُ لَهُۥ مِنْ أَمْرِنَا يُسْرًا

صدق الله العظيم

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره . ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادى له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له . وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه وسلم .

أما بعد .

فإن قانون كل أمة هو أحد مقاييس حضارتها وتقدمها ، وبقدر ما يتوفر للقانون من أصالة ومن صلاحية لتلبية حاجات الأمة ، بقدر ما تكون طاعته والخضوع لأحكامه والتزام أوامره ونواهيه .

والقانون فى الأمة الإسلامية أصيل أصالة هذه الأمة ذاتها . إذ نزل الوحى على رسول الله ﷺ مقرراً العقيدة والشريعة معاً ، فلم يقبل الله عز وجل من الناس إحداهما دون الأخرى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكّموك فيما شَجَرَ بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلّموا تسليماً) ، وتحكيم الرسول ﷺ تحكيم لشرع الله الذى ارتضى لعباده ، إذ الرسول لا ينطق عن الهوى . والوحى من ورائه يصوبه فى اجتهاده إذا كان ثمة ما يحتاج إلى تصويب .

وقد صلح قانون هذه الأمة دائماً لتلبية حاجاتها التنظيمية والتشريعية واتسع فقهه إتساعاً لم تبلغ بعضه النظم القانونية قديمها وحديثها ، وما لجأ إليه المسلمون إلا وجدوا فيه الغناء عن غيره والكفاية عما سواه .

وقد صنع قانون هذه الأمة حضارة لم تبلغ شأوها قبل الحضارات ، وكان منهجه الاستقرائى والاستنباطى هو مفتاح المنهج العلمى العصرى الذى تقدم من خلاله العالم إلى أعظم ما عرفته البشرية من آفاق الاكتشاف والاختراع ، حيث تخلف المسلمون حين تنكبوا عن المنهج القويم الذى هو منهجهم القديم .

ولم يقتصر التخلف فى العالم الإسلامى على حياة المسلمين المادية فحسب بل تجاوزها ليمتد إلى حياتهم القانونية والفكرية ، فنشأت أجيال متتابعة تدين بالإسلام ولا تطبق قانونه – بل هى تجهله –

وتؤمن ببعض الكتاب – إذ تصح فيها العقيدة وتؤدى العبادة – وتكفر ببعض ، إذ تهمل تطبيق الشريعة أو تنكر إلزامها .

حتى إذا كان النصف الثانى من هذا القرن آتت صيحات المصلحين فى الأجيال السابقة ثمارها ، واتجه الصفوة من مثقفى الأمة وجهة جمهورها ، فتنادوا بالعودة إلى شريعة الله يحكمونها ، بقدر ما تنادوا بالعودة إلى العقيدة يصححونها ، والعبادة يقيمونها .

وكان أثر ذلك فى الدراسات القانونية مزيد اهتمام بنظم الإسلام وتشريعاته وفى القوانين المطبقة فى العالم الإسلامى اتجاها نحو تعديلها وتغييرها حتى لا يخالف حكم قانونى قائم تشريع الإسلام .

وقد كانت الدراسات القانونية الإسلامية ردحاً من الزمن غير قصير متعة فكرية لا تتجاوز هواتها لتجد طريقها إلى عقول المشتغلين بتطبيق القانون أو تعليمه إلا فى النادر القليل الذى يؤكد غربتها فى عالم هؤلاء ، وغربتهم فى عالمها ، ولكنها اليوم تفرض نفسها فرضاً على الراغبين والكارهين على سواء .

تفرض نفسها لأنها مطلب للأمة سجلته فى كل مناسبة ، وأعلنته فى وثائقها الدستورية فى البلاد العربية والإسلامية كلها أوجلها .

وتفرض نفسها لأن القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية قد صدرت بالفعل فى بلاد عربية ، وهى فى طريقها إلى الصدور بإذن الله فى بلاد أخرى .

لذلك كانت هذه الدراسة فى أصول النظام الجنائى الإسلامى بعيدة عن أن يكون دافعها لذة البحث العلمى المجرد – على ما فيها من لذة بحث – أو الدعوة إلى تطبيق التشريع الجنائى الإسلامى وإحياء فقهه فحسب ، على إيماننا بوجوب تطبيق هذا التشريع ، وإحياء ذلك الفقه .

وإنما تتوجه هذه الدراسة إلى المشرع والقاضى والفقيه فى الوقت الذى يصدر المشرع فيه القوانين الجنائية – أو يعدلها – على أساس الشريعة الإسلامية . لكى يطبقها القاضى ، ويعنى بشرحها ودراستها الفقهية . من هنا كانت مقدمة هذه الدراسة عرضاً للمحاولات المعاصرة لتطبيق التشريع الجنائى الإسلامى ، ومن هنا كان منهجها – على ما سوف يأتى بيانه – منهج الاجتهاد المحكوم بأصول واضحة ، المتجه إلى غاية محددة . أما أصوله فهى أصول الشريعة ذاتها فى القرآن والسنة . وأما غايته فتيسير تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية – موضع البحث هنا – فى عالمنا المعاصر.

ولم تتجه هذه الدراسة إلا نحو ما يحقق هذه الغاية من أصول التشريع الجنائى الإسلامى فكان عنوانها دليلاً على ذلك : «فى أصول النظام الجنائى الإسلامى» لنختار من هذه الأصول ما يحقق ما نريد .

وإنا لنسأل الله أن يجعل جهدنا كله خالصاً لوجهه ، وأن ينفع به . وأن يكتبه لنا فى الصالحات ،

ويتجاوز بفضله عن الزلات ، ويثبت أقدامنا فلا نضل بعد إذ هدانا .

ربنا لا تُزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهّاب.

ولله الحمد رب العالمين .

محمد سليم العوا

الرياض فى ٢٩ من ربيع الثانى ١٣٩٨ هـ
الموافق ٧ من أبريل ١٩٧٨ م

المقـــدمة

المحاولات المعاصرة لتطبيق النظام الإسلامى

١ – تمهيد :

منذ بلغ الفتح الإسلامى للعالم العربى مداه فى القرن السابع الميلادى حلت الشريعة الإسلامية محل القوانين التى كانت مطبقة فى البلاد العربية والتى كان أهمها القانون الرومانى . وكان تطبيق الشريعة الإسلامية يشمل أحكامها المدنية ، أو ما يطلق عليه أحكام المعاملات ، وأحكامها الجنائية التى قسمت أقساماً ثلاثة اختص كل قسم منها بنوع معين من الجرائم والعقوبات : الحدود والقصاص والتعازير .

وبقيت الشريعة الإسلامية مطبقة فى البلاد العربية منذ انتشر الإسلام فيها إلى أواخر القرن التاسع عشر الميلادى وأوائل القرن العشرين حين بدأ صدور المدونات الجنائية الحديثة فى الدولة العثمانية وتوالى بعد ذلك فى غيرها من الدول العربية التى كانت خاضعة لسلطان الخلافة[١] .

وبصدور قانون الجزاء الكويتى (القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠) فى أعقاب حصول الكويت على استقلالها لم تعد الأحكام الجنائية فى الشريعة الإسلامية مطبقة فى أى بلد عربى اللهم إلا المملكة العربية السعودية والجمهورية العربية اليمنية (اليمن الشمالية) حيث لم تصدر مدونات جنائية فى أى من هذين القطرين . كما انحسرت عن مجال التطبيق العملى أحكام الشريعة فى باقى البلاد الإسلامية –غير العربية– نتيجة خضوع هذه البلاد للاستعمار الأوربى – وبصفة خاصة الاستعمار الإنجليزى والفرنسى – الذى عمل قبل أى شىء آخر على القضاء على تطبيق الشريعة الإسلامية ، وأحل محلها

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك : محمود مصطفى ، أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ، القاهرة ١٩٧٠ ، ص ٧ – ١٧ ، على راشد ، القانون الجنائى ، القاهرة ١٩٧٤ (ط–٢) ص ٦٣ – ١٠٢ . وقد درس تطور القانون الجنائى فى الدولة العثمانية قبل صدور مدونتها العقابية الأولى (قانون الجزاء العثمانى ١٨٥٨) الكاتب الإسرائيلى Uriel Heyd فى كتابه :

Studies in old Ottoman Criminal Law. London. 1973.

نظماً قانونية أوربية ، إنجليزية أو فرنسية[٢] . وبذلك أصبحت الأحكام الشرعية الإسلامية المطبقة فى حياة المسلمين اليومية هى فحسب أحكام ما يسمى بالأحوال الشخصية (الزواج والطلاق وأحكام الأسرة) والميراث والوصية والوقف (فى البلدان التى لم يتعرض فيها نظام الوقف للإلغاء) .

٢ – القانون الأجنبى فرض على الأمة :

إنه من الخطأ البيّن الذى قد يصل إلى مرتبة المغالطة الظاهرة أن يقال «إن الأمة المسلمة قد قبلت بغير جهد القوانين الأوربية المصدر وما زالت تقبلها وترضى بها منذ مائة سنة وحتى الآن»[٣] .

وفى رأينا أن هذا الزعم يتضمن خطأ بيناً أو مغالطة ظاهرة لسببين أولهما أن الأمة لم تقبل القوانين الأوربية أصلاً ولم ترض بها . بل لقد فرضت عليها هذه القوانين فرضاً دون أن تستشار فى شأنها بادئ الرأى ، وثانيهما أن مفكرى الأمة وأهل الرأى فيها لم يزالوا منذ بدأت المحاولات الأولى لفرض القانون الأوربى وحتى اليوم يطالبون بالعودة إلى استقاء التشريعات فى البلاد الإسلامية من الشريعة الإسلامية . وذلك هو أيضاً مطلب جماهير المسلمين على تتابع العصور فى مختلف أنحاء العالم الإسلامى . ونجمل الحديث فى هذين الأمرين فيما يلى :

٢–١– الأمة لم تستشر فى فرض القوانين الأوربية عليها :

كانت مصر أسبق البلاد العربية إلى تطبيق القوانين الأوربية المصدر وإحلالها محل الشريعة الإسلامية . ويمثل ما حدث فى مصر مما يتعلق بكيفية فرض القوانين الأوربية فيها صورة صادقة لما حدث فى غيرها من بلاد العالم العربى والإسلامى ، فالقوانين الأوربية طبقت أول ما طبقت فى مصر فى المحاكم المختلطة التى نشأت لحماية سيطرة الأجانب على مصر نتيجة لما سمى بالامتيازات

---

(٢) أنظر فى ذلك : على راشد ، المرجع السابق ، ص ٨٨ وما بعدها . وأيضاً

J.N. Anderson, Law Reform in the Muslim World, London, 1976 P. 86-88.

ويلاحظ أنه خارج العالم العربى لا يزال الجانب الجنائى مطبقاً بصورة ما فى أفغانستان ، كما أنه لا تزال بعض أحكامه (وبصفة خاصة الجلد فى جريمة شرب الخمر) مطبقة فى الجزء الشمالى من نيجيريا بموجب نصوص :

The Northern Nigerian Penal Code (1959).

(٣) تلك حجة يكثر من استعمالها المعارضون لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الوطن العربى والإسلامى . وقد أعلنها متبنياً لها الشيخ سعاد جلال أستاذ أصول الفقه فى جامعة أم درمان الإسلامية . تعقيباً على محاضرة عامة ألقاها المؤلف فى كلية الدراسات الاجتماعية بتلك الجامعة عن نظام التعزير وصلاحيته لبناء النظم الجنائية الحديثة عليه ، وكان ذلك فى شهر أكتوبر من عام ١٩٧٧ م . ولا شك أن موقف هذا الأستاذ خريج الأزهر والمتخصص فى الفقه والأصول – وموقف أمثاله – مما لا ينقضى منه العجب .

الأجنبية التى منحت للرعايا الأجانب فى مصر إعفاء من الضرائب المصرية ، وحقاً فى المحاكمة المدنية والجنائية أمام المحاكم المختلطة لا أمام المحاكم الوطنية . وقد كان قضاة المحاكم المختلطة فى غالبيتهم من الأجانب . وكان القانون الذى تطبقه قانوناً أجنبيًّا[٤] .

وحين أراد مجلس النظار (مجلس الوزراء) دراسة الأوضاع القانونية وإعداد القوانين التى تحكم بها المحاكم الأهلية عند إنشائها ألف لجنة (فى ٢٧ من يوليو ١٨٨٠) رأسها حسين فخرى باشا ناظر الحقانية (وزير العدل) وضمت فى عضويتها :

بطرس غالى بك ، وميخائيل كحيل بك ، وبوريللى بك ، ومسيو آرا ، ومسيو فاشية ، وكل هؤلاء كما هو واضح من أسمائهم أجانب عدا الأول والثانى فهما مسيحيان مصريان . وكان فى اللجنة عضوان مسلمان هما قدرى بك ، وعبد السميع أفندى . وكان الأول مستشاراً بالمحاكم المختلطة والثانى قاضياً بمحكمة مصر المختلطة .

وتلت تلك اللجنة لجنة أخرى شكلت فى ٧ من نوفمبر ١٨٨١ م ضمت فى عضويتها أربعة من أعضاء اللجنة الأولى من بينهم ثلاثة من غير المصريين[٥] . ومن الواضح أن لجاناً هذا هو تشكيلها ، والعنصر الأساسى فيها من غير المصريين لا يمكن أن تعمل إلا لتمكين السيادة الأجنبية فى البلاد وتحقيق أغراض أعدائها فيها . فإذا أضفنا إلى ذلك أن هذه اللجنة الثانية لم تتم عملها ، شأنها شأن اللجنة الأولى ، بسبب الاحتلال العسكرى الإنجليزى لمصر فى ٩ سبتمبر ١٨٨١ م وأن الحجة التى استند إليها ناظر الحقانية حسين فخرى باشا فى مذكرته المؤرخة فى ٢٧/١٢/٨٢ والمقدمة إلى مجلس النظار لعدم «وضع قانون مطابق للشريعة الغراء» هى أن «فى هذا ما لا يحتاج إلى تعريف من الصعوبات بالنسبة للحالة الجارية بين الأهالى» وليست هذه «الحالة الجارية» إلا وجود الاحتلال البريطانى ، تبين لنا كيف ولماذا قرر مجلس النظار أن «تتبع أمام المحاكم المستجدة القوانين المتبعة الآن أمام المحاكم المختلطة ، على ما هى عليه الآن ، ما عدا قانونى العقوبات وتحقيق الجنايات فإنه يصير تعديلها بما يكون ملائماً لحالة البلد»[٦] .

فلم يفرض القانون الأوربى على المصريين إلا تحت وطأة الاحتلال البريطانى وفى ظل حرابه التى أجهضت الثورة العرابية بعد أن كان مجلس النظار فى أثنائها قد اتخذ قراراً «بعمل القوانين المطابقة

---

(٤) الأستاذ عبد الحليم الجندى ، الرئيس الأسبق لإدارة قضايا الحكومة فى مصر ، فى كتابه نحو تقنين جديد للمعاملات والعقوبات من الفقه الإسلامى ، القاهرة ١٩٧٣م ، ص ٧٨ .

(٥) انظر فى تفصيل ذلك ، عبد الحليم الجندى ، المصدر السابق ، ص ٧٣ .

(٦) المصدر السابق ، ص ٧٤ – ٧٦ .

للشريعة الإسلامية »[٧] .

أما عن نوع القوانين التى طبقتها تلك « المحاكم المستجدة » وعلاقتها بالواقع الاجتماعى والقانونى فى مصر فيكفى أن ننقل فى ذلك قول أحد المستشارين الإيطاليين فى المحاكم المختلطة وهو المستشار مسينا : « اتفق على أن تكون مجموعة القوانين التى تطبقها لاتينية ، وعلى ذلك نقلت القوانين الفرنسية واختير المحامى مانورى لدراسة مشروعات القوانين وكان سكرتير اللجنة الدولية المكلفة بدراسة مشروعات الحكومة المصرية لإنشاء المحاكم المختلطة فأتم المهمة فى وقت أقل مما يستغرقه وضع كتاب صغير جدًّا . فلم يصنع فى القوانين الستة التى وضعها إلا أن نقلها بجملتها حرفياً مع التركيز وعدم مطابقة مقتضى الحال فى البلاد وبترها بغير سبب ظاهر . . . فهذا التقنين ليس تقنيناً صنعته مصر وإنما هو مستورد ، وهو عمل شخصى مستعجل ، بل مستعجل جداً ، وواضعه لا تتعدى ثقافته العلمية أو المهنية درجة متوسط » ثم يصف مسينا القوانين ذاتها بأنها « المجمعة من هنا وهناك على غير أصول وضع القوانين وفقاً لحاجات الجماعة ومصالحها . . . وإن شبح زعيم المدرسة التاريخية سافينى لترتعد فرائصه من تصور استيراد أو اقتراض أمة لتشريعاتها »[٨] .

وهكذا كانت القوانين الأوربية الأصل التى طبقت فى مصر : قوانين أوصت بتطبيقها لجان نصف تشكيلها أو يزيد من الأجانب ، وقدمت توصياتها ، فى ظل الاحتلال الأجنبى ، إلى مجلس نظار لا يمثل أعضاؤه من الأمة إلا ولاء أسوأ عناصرها لجيش الإحتلال وخضوعهم له ، وكلف بوضع هذه القوانين محام أجنبى محدود الثقافة ، وأصدرها مجلس النظار مخالفاً بذلك رغبة الأمة الحقة التى عبر عنها قرار مجلس النظار إبان الثورة العرابية بإصدار قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية .

فهل يمكن بعد أن تبين ذلك أن يقال إن الأمة قد ارتضت هذه القوانين ؟ وهى قد فرضت عليها على غير مشورة منها ، وعلى الرغم من إرادتها ، فكانت – فى مختلف مراحل صنعها – تمثل شذوذاً غير مسبوق فى تاريخ النظم القانونية كلها .

٢-٢- تطبيق الشريعة الإسلامية مطلب الأجيال :

سبق أن نقلنا فى الفقرات السابقة قرار مجلس النظار فى أثناء الثورة العرابية بوضع قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية . وبينا أن الاحتلال البريطانى الذى قضى على هذه الثورة كان السبب المباشر

---

(٧) المصدر السابق ، ص ٨١ .

(٨) الكتاب الذهبى للمحاكم المختلطة ، ١٩٢٦ م ، ص ٨٣ . ومشار إلى هذا النص فى المصدر السابق ، ص ٨٠ – ٨١ . وأنظر أيضا : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط (ط ٢) القاهرة ، ١٩٦٤ ، جـ ١ ، ص ١٢ .

فى عدم تنفيذ قرار مجلس النظار المشار إليه . وليس من شك فى أن الثورة العرابية ، فى قرارها هذا ، وفى منطقها كله ، كانت تعبر أصدق تعبير عن ضمير الشعب المصرى ، وتصور أدق تصوير رغبة أبنائه الذين قاموا بهذه الثورة وقامت بهم .

وقبل نصف قرن من قيام الثورة العرابية كانت رغبة الحكومة المصرية متجهة إلى وضع قوانين مأخوذة من الشريعة الإسلامية غير مقيدة بمذهب معين ، فأصدر محمد على باشا – عقب استقلاله بحكم مصر – أمره إلى مفتى الإسكندرية الشيخ محمد الجزايرلى بوضع « تقنين من الشريعة غير مقيد بمذهب معين »[٩] .

ويبدو أن سرعة التطورات السياسية داخل مصر وخارجها قد حالت دون وضع هذا التقنين . فلما أريد إحياء فكرته مرة ثانية عند إنشاء المحاكم الأهلية كان الإحتلال البريطانى لمصر سبباً مباشراً فى إخفاق المحاولة وفرض القانون الفرنسى على البلاد .

ولم يترك مفكرو الأمة وقادة الرأى فيها وأهل الاختصاص فى مهنة القانون من أبنائها فرصة سنحت إلا ونادوا فيها بالعودة إلى تطبيق شريعة الأصل فى مصر : الشريعة الإسلامية .

ولعل من أهم المناسبات التى ارتفع فيها صوت هؤلاء جميعاً بهذا المطلب مناسبة تنقيح القانون المدنى المصرى وإصدار قانون مدنى جديد فى سنة ١٩٤٨ . فقد شكل رجال محكمة النقض وشيوخ الجامع الأزهر لجنة قدمت تقريراً لمجلس الشيوخ يحوى اقتراحاتها بصنع قانون مدنى مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وقدمت مع تقريرها نموذجاً للقانون المبتغى هو مشروع كامل لكتاب العقد مستمدة نصوصه من الفقه الإسلامى ، ووازنت بينه وبين ما يقابله فى مشروع القانون المدنى .

وقد حفلت نقابة المحامين بعمل هذه اللجنة فأفردت له عدداً خاصاً من مجلتها « المحاماة » صدر فى مارس ١٩٤٨ م – قبل أربعة أشهر من صدور القانون المدنى فى يوليو ١٩٤٨ – كما أبدى رأيه مؤيداً هذا النقد رئيس محكمة النقض المفتى الجزايرلى باشا وعضوها أحمد علوبة باشا[١٠] .

وعلى الرغم من انتقاد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى لعمل هذه اللجنة ، فقد كان هو نفسه قبل أن يكلف بصياغة مشروع القانون المدنى الذى صدر سنة ١٩٤٨ م ، وبعد أن صدر هذا القانون ، من أكبر الداعين إلى الإفادة من الفقه الإسلامى فى بناء نظمنا القانونية وهو الذى يقول عن

---

(٩) عبد الحليم الجندى المرجع السابق ، ص ٨٥ حيث يشير إلى مجلة المحاماة عدد مارس ١٩٤٨ م .

(١٠) انظر فى تفصيل عمل هذه اللجنة عدد المحاماة المشار إليه فى المتن ، ومؤلف الأستاذ عبد الحليم الجندى المشار إليه سابقاً ص ٨٤ وما بعدها . وانظر أيضاً : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ١ ص ٨٥ – ٨٩ .

ذلك إنه «أمنية من أعز الأمانى التى تختلج بها الصدور ، وتنطوى عليها الجوانح.»[(١١)] .

والأستاذ السنهورى هو نفسه القائل «وإنى زعيم لكم بأن تجدوا فى ذخائر الشريعة الإسلامية من المبادئ والنظريات ما لا يقل فى رقى الصياغة ، وفى إحكام الصنعة عن أحدث المبادئ والنظريات وأكثرها تقدماً فى الفقه الغربى»[(١٢)] .

وكتب الأستاذ السنهورى فى شرح القانون المدنى المصرى ، وفى مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، ورسالته عن الخلافة باللغة الفرنسية وبحوثه المتعددة فى المقارنة بين الشريعة وبين غيرها من النظم القانونية ، تدل أوضح دلالة على إيمانه بوجوب الاعتماد على الشريعة الإسلامية فى بناء النظم القانونية فى الدول الإسلامية . بل لقد دعا صراحة إلى مثل هذا حين نادى بعمل «القانون العربى الموحد» وجعل أساسه هو الفقه الإسلامى[(١٣)] .

وبمثل ما دعا إليه الأستاذ السنهورى من الاتجاه إلى الأخذ عن الشريعة الإسلامية ، نادى كبار رجال القانون الذين أتيحت لهم دراسة الشريعة الإسلامية سواء كانوا من أساتذة القانون فى الجامعات ، أو من المشتغلين بالقضاء أو المحاماة . بل نادى بمثل ذلك أيضاً بعض الأجانب الذين تولوا فى مصر مناصب قضائية مرموقة فى ظل نظام الامتيازات الأجنبية والقضاء المختلط ، فكانت دعواهم أن مصر يجب أن تستمد قانونها من تراثها الإسلامى الذى هو «أكثر اتفاقاً مع روح البلد القانونية»[(١٤)] .

ولم يكن مفكرو الأمة وأهل الرأى فيها خارج مصر أقل حماساً من إخوانهم فى مصر للعمل على الأخذ من الشريعة الإسلامية فى بناء النظم القانونية الحديثة . ولا كانت الظروف التى فرض فيها

---

(١١) الوسيط ، جـ ١ ، ص ٦٠ .

(١٢) محاضرة نشرتها الأهرام فى ١/١/١٩٣٧م ، ونقل عنها هذا النص - أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى فى كتابه الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية الإسكندرية ، ١٩٦٠ ، ص ٢ .

(١٣) فى أوائل الخمسينات حين كان يضع القانون المدنى العراقى وبحوثه عن الشريعة الإسلامية تمتد بامتداد حياته العلمية كلها رحمه الله فتبدأ فى سنة ١٩٢٦ وتستمر إلى سنة ١٩٥٩ حيث ظهر الجزء الأخير من كتابه عن مصادر الحق فى الفقه الإسلامى . ومع ذلك يتهمه البعض بالعداء للشريعة الإسلامية ، وبأنه يرمى إلى تحقيق أهداف الاستعمار الغربى ، وتبديل الشريعة الإسلامية . انظر : محمد محمد حسين ، حصوننا مهددة من داخلها ، طـ ٤ ، ١٩٧٧م ، ص ١٥٨ - ١٦٩ .

(١٤) انظر فى ذلك : عبد الحليم الجندى ، المرجع السابق ، ص ٨٤ - ٨٧ حيث يشير بصفة خاصة إلى وجهة نظر الأستاذ بيولا كازيللى الذى كان رئيساً لإدارة قضايا الحكومة فى مصر بين سنة ١٩٢٣ وسنة ١٩٢٦م .

على أنه مما تجدر ملاحظته أن الاتجاه إلى دراسة الشريعة الإسلامية يأتى - لدى الكثرة من أساتذة القانون - متأخراً ، بعد أن تكون أخصب سنى إنتاجهم العلمى قد أنفقت فى دراسة النظم القانونية الأخرى ، ويؤثر ذلك بلا شك على عمق عطائهم فى هذا الجانب وحجمه وعلى مدى تأثيره فى الدراسات القانونية بوجه خاص ، وفى مهنة القانون بوجه عام .

القانون الأجنبى فى البلاد الإسلامية الأخرى مختلفة كبير اختلاف عن الظروف التى فرض فيها القانون الأجنبى فى مصر[١٥] .

٣ – محاولات تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية :

كانت النداءات المتكررة لتطبيق الشريعة الإسلامية عاملاً فى دفع الدراسات القانونية فى الجامعات لتولى وجهها شطر الشريعة الإسلامية ، ونالت كل فروع القانون نصيباً من المقارنة مع الشريعة الإسلامية ، قل أوكثر ، وكان من بينها للقانون الجنائى نصيب غير ضئيل يظهر جلياً فى عدد رسائل الدكتوراه التى قدمت للجامعات المصرية فى موضوعات جنائية كان مأخذها ومبناها الأساسى النظام الجنائى الإسلامى كالقصاص والدية ، أوكان من أجزائها الرئيسية مقارنة النظريات الجنائية الحديثة بمثيلاتها فى الفقه الإسلامى .

وكان للتيار الإسلامى العام الذى احتوى فى صفوفه كثرة ظاهرة من المثقفين[١٦] أثر غير منكور فى توجيه الرأى العام فى مصر – وغيرها من البلاد العربية – نحو وجوب إعمال النصوص الجنائية الإسلامية فى واقع الناس ، وفى ظهور عدد من المؤلفات فى النظام الجنائى الإسلامى لعل أهمها وأعظمها تأثيراً مؤلف المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة « التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى »[١٧] .

وقد تراكمت آثار هذين العاملين خلال العقود الأربعة الماضية من هذا القرن[١٨] وكانت الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية فى المجال الجنائى تجد دائماً تعبيراً عنها – متفاوت القوة والأثر – ولكنها لم تكن أبداً أقوى مما هى عليه فى السنوات السبع الأخيرة ، ولم تجد تطبيقاً عملياً لها إلا خلال هذه السنوات وفى عدد من البلاد العربية والإسلامية فى وقت واحد . ويبدو ذلك واضحاً فى الجهود العلمية المبذولة فى هذا السبيل ، وفى التشريعات التى صدرت أو هى فى طريقها إلى الصدور . ونجمل الحديث فيما يلى عن كل من هذين الجانبين .

---

(١٥) انظر مثلا فيما يتعلق بسوريا مقدمة الأستاذ مصطفى الزرقاء لكتابة القيم المدخل الفقهى العام ، جـ١ طـ ١٩٦٥م ، ص٣ – ٦ .

(١٦) ونعنى هنا على وجه الخصوص التيار الإسلامى الذى أوجدته الجماعات الإسلامية ، وعلى الأخص جماعة الإخوان المسلمين فى مصر والبلاد العربية . ومثلها الجماعة الإسلامية فى شبه القارة الهندية .

(١٧) ظهرت الطبعة الأولى من الجزء الأول سنة ١٩٤٩م وتأخر ظهور الجزء الثانى بسبب الخلاف بين جماعة الإخوان المسلمين وحكومة الثورة فى مصر فطبع أول مرة سنة ١٩٥٧م وتوالت طبعات الجزأين بعد ذلك فبلغت حتى الآن أكثر من عشر طبعات .

(١٨) ظهرت أول رسالة دكتوراه عن النظام الجنائى الإسلامى سنة ١٩٣٢ وهى رسالة الدية فى الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور على صادق أبو هيف .

٤ – الجهود العلمية :

إذا كانت البحوث والدراسات الفردية هى المنهج الذى ساد منذ الثلاثينات فى دراسة النظام الجنائى الإسلامى ولا يزال مستمراً حتى الآن ، فإنه قد ظهر إلى جانبه منهج جديد خلال السبعينات هو المنهج الجماعى فى صورة الندوات العلمية المحدودة أو المؤتمرات العلمية العامة التى تدرس جانباً أو أكثر من جوانب النظام الجنائى الإسلامى .

٤–١– ندوة الدفاع الاجتماعى والشريعة الإسلامية :

وقد افتتحت هذه الندوات بالندوة المحدودة التى دعت إليها المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى ضد الجريمة فى فبراير ١٩٦٩ وجعلت موضوعها « بين الدفاع الاجتماعى والشريعة الإسلامية »(١٩) . وقد نوقشت فى هذه الندوة العلاقة بين أحكام التشريع الجنائى الإسلامى ونظريات الدفاع الاجتماعى واشترك فى المناقشة عدد من كبار رجال القانون والشريعة وكان المطلب الإجماعى للمشتركين فى الندوة هو العودة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الجنائية فى البلاد العربية(٢٠) .

وإذا كانت هذه الندوة تبين اتجاهاً لدى المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى نحو العناية بأحكام الفقه الجنائى الإسلامى ، فإن الأمين العام للمنظمة يعبر عن سياستها فى ذلك أوضح تعبير حين يقرر أنها « إنما تتابع السير على منهاجها الذى اختارته لنفسها ، من إعطاء أولوية خاصة وعناية كبرى لدراسة أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بمبادئ الدفاع الاجتماعى ، سعياً وراء كشف ما تضمنته الشريعة السمحاء من نظم وأوضاع ما زالت شرائع العالم الوضعية تسعى من أجل الوصول إليها أو الاقتراب منها »(٢١) .

---

(١٩) والمنظمة المذكورة هى إحدى المنظمات المتخصصة التى تعمل فى نطاق جامعة الدول العربية – وقد صدر عن أعمال هذه الندوة سنة ١٩٧٠ كتاب يحمل عنوانها ويضم ما ألقى فيها من بحوث وخلاصة ما دار فيها من مناقشات .

(٢٠) ممن شارك فى الندوة الأستاذ الشيخ على الخفيف ، والأستاذ الشيخ محمد سلام مدكور أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة ، والأستاذ الدكتور أحمد محمد إبراهيم المستشار بمحكمة النقض ، والأستاذ على فهمى الخبير بالمركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية ، وأدار الندوة الأستاذ الدكتور على راشد أستاذ القانون الجنائى بجامعة عين شمس .

(٢١) من تقديم الدكتور عبد الوهاب العشماوى للعدد الخامس من مجلة المنظمة ، ١٩٧٣م ص ٥ .

٤-٢- المؤتمر الإقليمى لمكافحة المخدرات والمسكرات :

وفى عام ١٩٧٤ م عقد فى الرياض بالتعاون بين وزارة الداخلية فى المملكة العربية السعودية وبين المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى المؤتمر الإقليمى السادس لدراسة وسائل مكافحة المخدرات والمسكرات ، وكان للجانب الجنائى فى التشريع الإسلامى - وخاصة ما تعلق بعقوبة الخمر والمخدرات - نصيب ملحوظ فى دراسات الندوة ومناقشاتها .

٤-٣- الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية :

وكانت القاهرة مقراً للحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية التى نظمها المركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية خلال شهر مايو عام ١٩٧٦ م وكانت موضوعاتها :

١ - مبدأ الشرعية بين القانون والشريعة الإسلامية .
٢ - المسئولية الجنائية بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية .
٣ - الدفاع الاجتماعى والفقه الإسلامى .
٤ - الحدود والنظريات المعاصرة فى العقوبة .

وقد عقدت هذه الحلقة فى مقر المركز القومى للبحوث بالقاهرة وشارك فى أعمالها بضعة وعشرون شخصاً من بينهم أساتذة للقانون الجنائى فى الجامعات المصرية والعربية وخبراء بالمركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية ومستشارون بالمحاكم المصرية[٢٢]

٤-٤- ندوة تطبيق التشريع الجنائى الإسلامى :

وكانت رابعة الندوات العلمية التى عنيت بالنظام الجنائى الإسلامى الندوة التى عقدت فى مدينة الرياض فى شهر أكتوبر ١٩٧٦ م وكان موضوعها «تطبيق التشريع الجنائى الإسلامى وأثره فى مكافحة الجريمة» . وقد شارك فى تنظيم الندوة بالإضافة إلى وزارة الداخلية السعودية ، المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى . وحضرها وشارك فى أعمالها عدد من أساتذة الجامعات العربية والسعودية ورجال القضاء والعاملين فى مجال مكافحة الجريمة . كما شارك فى أعمالها مندوبون عن مكتب مكافحة الجريمة

---

(٢٢) نشرت مجموعة أعمال الحلقة فى عدد خاص من المجلة الجنائية القومية التى يصدرها المركز . ومن بينها تقرير علمى للمؤلف عن الموضوع الرابع من موضوعات الحلقة التى شارك فيها ممثلا لجامعة الرياض .

ومعاملة المذنبين التابع للأمم المتحدة .

وقدمت فى هذه الندوة بحوث علمية شملت مختلف الجوانب الموضوعية والإجرائية فى النظام الجنائى الإسلامى ، وكانت توصياتها حاسمة فى وجوب العودة إلى تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية[٢٣] .

٤-٥- المؤتمر العالمى الأول للفقه الإسلامى :

وفى شهر نوفمبر من العام نفسه (١٩٧٦ م) شهدت مدينة الرياض أيضاً المؤتمر العالمى الأول للفقه الإسلامى الذى نظمته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية . وكان من بين موضوعات المؤتمر التى نالت جانباً كبيراً من المناقشات ، واختصت بعدد كبير من الدراسات المقدمة إليه موضوع «الحدود الشرعية وتطبيقها» . وكان من توصيات المؤتمر أيضاً وجوب العودة إلى التطبيق الكامل لأحكام الشريعة الإسلامية – بما فى ذلك الأحكام الجنائية – فى العالم الإسلامى بصفة عامة .

٤-٦- أسبوع الفقه الإسلامى الخامس :

وعقد المجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية (فى مصر) أسبوع الفقه الإسلامى الخامس خلال شهر نوفمبر سنة ١٩٧٧ م فى ضيافة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض – أيضاً – وكان أحد موضوعات المؤتمر «درء الحدود بالشبهات» وقدمت فى هذا الموضوع بحوث لعدد من أساتذة القانون الجنائى ومن أساتذة الشريعة الإسلامية فى الجامعات العربية[٢٤] .

٥- التشريعات الجنائية الإسلامية :

لم تقتصر المحاولات المعاصرة لتطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية على الجهود العلمية فى صورتيها الفردية والجماعية ، وإنما امتدت إلى نطاق التطبيق العملى لهذه الأحكام أو – بتعبير أدق – لبعض هذه الأحكام ، فى عدد من البلاد العربية خلال العقدين الماضى والحالى من هذا القرن . ونعرض فى

---

(٢٣) مجموعة أعمال هذه الندوة تحت الطبع الآن ، ومن المنتظر أن تظهر باللغتين العربية والإنجليزية فى وقت واحد .

(٢٤) من بينها بحث للأستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى (العميد الأسبق لكلية الحقوق بجامعة القاهرة) قابل فيه بين قاعدة درء الحدود بالشبهات وقاعدة أن الأصل براءة المتهم ، وبحث للأستاذ الدكتور محمد محيى الدين عوض (عميد كلية الحقوق بجامعة المنصورة) عرض فيه لطرق الإثبات الجنائى فى الشريعة الإسلامية وما يقابلها فى القوانين المطبقة فى البلاد العربية ، ولوضع قاعدة درء الحدود بالشبهات من هذه الطرق .

الفقرات التالية لما صدر من تشريعات جنائية تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولما لا تزال محاولات صدوره قائمة وإن لم يصدر بعد .

٥-١- فى دولة الكويت :

كانت الكويت أسبق الدول العربية إلى تقنين بعض أحكام الشريعة الإسلامية فأصدرت القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٤ م بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ . وأضاف القانون الجديد إلى قانون الجزاء الكويتى المواد ٢٠٦ (أ) و٢٠٦ (ب) و٢٠٦ (جـ) كما عدل نص المادة ٢٠٦ . وبموجب هذا التعديل أصبحت عقوبة جلب الخمر أو أى شراب مسكر أو استيرادها أو صنعها بقصد الاتجار هى الحبس لمدة لا تزيد على عشر سنوات . (م/٢٠٦) .

أما إذا لم يكن الجلب أو الاستيراد بقصد الاتجار أو الترويج فيعاقب الفاعل بغرامة لا تجاوز مائة دينار ، فإذا عاد إلى هذا الفعل تكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ستة شهور وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين . (م/٢٠٦) .

وأضيف حكم خاص بعقاب «كل من باع أو اشترى أو تنازل أو قبل التنازل أو حاز بأى صورة كانت بقصد الإتجار أو الترويج خمراً أو شراباً مسكراً» بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على ٣٠٠ دينار (م/٢٠٦أ) .

وعاقبت المادة (٢٠٦ ب) على تعاطى الخمر أو أى شراب مسكر فى مكان عام أو فى ناد خاص ، وعلى إقلاق الراحة بسبب تناول الخمر ، كما عاقبت كل من وجد فى حالة سكر بيّن بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور وبغرامة لا تجاوز خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين .

وعرضت المادة (٢٠٦ جـ) لحالة العود فأجازت تشديد العقوبة بشرط ألا تجاوز عقوبة الحبس ضعف الحد الأقصى المنصوص عليه فى المواد السابقة أو خمس عشرة سنة .

وقد كان صدور القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ م فى الكويت استجابة لرغبة شعبية واضحة عبرت عنها الأمة بجميع فئاتها قبل إصدار القانون وبعده ، ولعله كان من دوافع تحرك الرأى العام الكويتى فى هذا الاتجاه ما لوحظ من تفشى ظاهرة تعاطى المسكرات والاتجار فيها فى ظل النص الأصلى للمادة ٢٠٦ من قانون الجزاء الكويتى ، والذى لم يكن يقرر عقاباً إلا لتعاطى الخمر فى مكان عام . ولم تستطع المعارضة التى أبدتها بعض العناصر – حتى داخل مجلس الأمة الكويتى – أن تقف فى وجه الرغبة الشعبية الواضحة ، فصدر القانون ليكون أول استجابة للشريعة الإسلامية ، بعد أقل من أربع سنوات من العمل بقانون الجزاء الجديد . وقد يعترض البعض على العقوبات التى قررها المشرع

الكويتي للاتجار في الخمر وتعاطيها بأنها لا تطابق ما قررته جمهرة الفقهاء عقوبة لشرب الخمر . وسوف تأتي في فصل لاحق من هذه الدراسة مناقشة تفصيلية لهذه المسألة .

٥-٢- في ليبيا[٢٥] :

في أول سبتمبر سنة ١٩٦٩ قامت الثورة الليبية التي ألغت النظام الملكي واستبدلت به النظام الجمهوري . وقد أعلن البيان الأول للثورة حرصها على « المثل الروحية النابعة من كتابنا المقدس القرآن الكريم » .

وأتبع النظام الجديد في ليبيا بيانه الأول بعدد من قرارات مجلس قيادة الثورة التي تترجم عن اتجاهها إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ، يعنينا منها هنا القرار الخاص بحظر شرب الخمر وتداولها في ليبيا وفرض العقوبات لمخالفة هذا الحظر[٢٦] .

وفي ١١ من أكتوبر سنة ١٩٧٢ م أصدر مجلس قيادة الثورة في ليبيا قراراً معدلاً لأحكام قانون العقوبات الليبي يقضي بأن تطبق في شأن جرائم السرقة والحرابة عقوبة الحد المقررة شرعاً لكل منهما . وقد تضمن القرار تقنيناً لأحكام هاتين الجريمتين وعقوباتهما على أساس من الشريعة الإسلامية ولم يلتزم المشرع الليبي في صدده مذهباً فقهياً معيناً[٢٧] .

وفي ٢٦ من نوفمبر ١٩٧٣ م صدر القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ مقرراً تطبيق عقوبة الزنى المقررة في الشريعة الإسلامية[٢٨] .

وقد صدر عدد من القوانين غير الجنائية المأخوذة من الشريعة الإسلامية من بينها قانون الزكاة في ٢٨ من أكتوبر ١٩٧١ م . كما أعدت مشروعات لعدد من القوانين لم تصدر بعد .

وكانت القوانين الجنائية المشار إليها ثمرة جهود لجان مراجعة القوانين وعلى رأسها اللجنة العليا لمراجعة التشريعات . وقد صدر قرار مجلس قيادة الثورة في ليبيا بتشكيل هذه اللجنة ولجان مراجعة القوانين في ٢٨ من أكتوبر سنة ١٩٧١ م ، وقد نص هذا القرار في المادة الثانية منه على أن تتولى هذه

---

(٢٥) اسمها الرسمي الآن : الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية . وسوف نستعمل اسم ليبيا اختصاراً .

(٢٦) صدر هذا القرار من مجلس قيادة الثورة في سبتمبر ١٩٦٩م وكان جزاء مخالفته الحبس شهراً . ثم زيدت العقوبة عام ١٩٧٣م فأصبحت الحبس ثلاثة أشهر بدلاً من شهر واحد .

(٢٧) نشرنا تعليقا موجزا على أحكام هذا القانون في العددين ٦ ، ٧ لسنة ١٩٧٣م من مجلة الفكر الإسلامي التي تصدرها دار الإفتاء في لبنان . وسوف نعرض لأحكامه عند بحث جريمتي السرقة والحرابة في موضعه من هذه الدراسة .

(٢٨) جعل هذا القانون العقوبة واحدة هي الجلد فقط سواء كان الزاني محصناً أو غير محصن . وسوف نناقش هذه القضية تفصيلا ومذهب القانون فيها عند بحث جريمة الزنى وعقوبتها .

اللجان «حصر واستظهار ما يناقض الأحكام القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية والعمل على إزالة هذا التناقض بإعداد تشريعات بديلة أخذاً من مختلف المذاهب مع تخير أيسر الحلول حسبما تقتضيه المصلحة العامة ومع مراعاة ما جرى عليه العرف فى البلاد.».

ونصت المادة الرابعة من هذا القرار على أن تتولى اللجنة العليا «وضع القواعد والأسس التى تراعى فى مراجعة التشريعات . . . وتنظر فيما تنتهى إليه تلك اللجان من مشروعات ومقترحات وتتولى مراجعتها ووضعها فى صيغتها النهائية»[٢٩] .

ويشير رئيس اللجنة العليا لمراجعة القوانين فى ليبيا – المستشار على على منصور – إلى أن عقبات ومعوقات قد اعترضت سبيل اللجنة ومنعتها من إتمام عملها وأوقفت صدور القوانين الإسلامية التى أعدت اللجنة مشروعاتها بالفعل. ولكنه لايفصل هذه العقبات والصعوبات ويكتفى بالإلماح إليها .[٣٠] وقد كان القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ والخاص بإقامة حد الزنى هو آخر ماصدر – فيما نعلم – من القوانين الجنائية المستمدة من الشريعة الإسلامية فى ليبيا.

٥ – ٣ – فى مصر:

بينّا فيما تقدم كيف أن رجال القانون وعلماء الأزهر فى مصر لم يتوقفوا طوال ما يقرب من مائة عام – منذ صدور أول مدونة عقابية مصرية – عن المطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية بدلا من القوانين الأوربية .

ويعنينا هنا أن نشير إلى الجهود المبذولة فى مصر خلال السنوات الأخيرة لتعديل قوانينها الجنائية بما يتلاءم مع أحكام الشريعة الإسلامية .

فمنذ صدر الدستور الدائم لجمهورية مصر فى ١١ من سبتمبر سنة ١٩٧١ ونص فى مادته الثانية على أن «الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع» وجد المعبرون عن رأى الأمة ورغبتها فى تطبيق الشريعة الإسلامية سنداً دستوريًّا لهذا الرأى وهذه الرغبة[٣١]

وقد تعالت الأصوات داخل مجلس الشعب المصرى ولجانه المختلفة ، وبين مختلف فئات الشعب المصرى بضرورة تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية وقدم عدد من أعضاء مجلس الشعب مقترحات فى

(٢٩) نص القرار منشور فى صحيفة الرائد الليبية عدد ١٣٠٧ بتاريخ ١٠ رمضان ١٣٩١ هـ – ٢٩ أكتوبر ١٩٧١م.

(٣٠) فى مقدمة كتابه نظام التجريم والعقاب فى الإسلام ، طـ١ سنة ١٩٧٦م ص ١٨ – ١٩ .

(٣١) انظر عبد الحليم الجندى ، المرجع السابق ذكره ، ص ١٥٣ ومؤلف الدكتور عبد الحميد متولى : الشريعة الإسلامية كمصدر أساسى للدستور ، الإسكندرية ، ١٩٧٥م .

هذا الخصوص كان من أهمها المشروع المقدم من المرحوم الدكتور إسماعيل معتوق[٣٢]

وقد كان هذا المشروع يتضمن اقتراحاً بتعديل أحكام قانون العقوبات المصرى بحيث يصبح مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية . وتقرر المذكرة الإيضاحية للمشروع أنه جاء استجابة «للرغبة الصادقة التى انبعثت من بين جماهير الشعب التى تنادى بضرورة أن تكون الشريعة الإسلامية أساساً لقوانيننا »[٣٣]

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع عن المنهاج الذى اتخذه للتعديل « ... لم نهدم قانون العقوبات هدماً ، ولم نطح به إطاحة ، بل عمدنا إلى نصوصه المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ولا يزيد عددها عن ست وخمسين مادة والتى تبعد به عن نصها وفحواها فاستللناها منه — كما يستل المرض الخبيث من الجسم العليل — وكررنا عليها بالأحكام الشرعية بما لا يزيد عن أربع وأربعين مادة لتكون القلب النابض والعقل الناضج الذى يعيد إليه الحياة بعد طول ممات » وتضيف المذكرة الإيضاحية أن المشروع « لا يقرر إلا ما اتفق عليه الفقهاء معتبراً اختلافهم شبهة يندرىء بها الحد ليحل محله التعزير »[٣٤]

وقبل أن يقدم المشروع المذكور إلى لجنة الاقتراحات بمجلس الشعب كان وزير العدل المصرى — المرحوم المستشار عادل يونس — قد أصدر قراراً بتشكيل لجان لتعديل القوانين المصرية لتتلاءم وأحكام الشريعة الإسلامية وخص القرار بالذكر قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية[٣٥] .

وفى ٧ من يناير ١٩٧٦ م أصدر شيخ الأزهر — الشيخ عبد الحليم محمود — القرار رقم ٣ لسنة ١٩٧٦ م بتشكيل لجنة عليا لمراجعة التشريعات الوضعية وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية . وقد بدأت اللجنة عملها بإعداد مشروع قانون الحدود الشرعية ومذكرته الإيضاحية . وقدم المشروع إلى لجنة الاقتراحات بمجلس الشعب المصرى ، كما طبع مع مذكرته الإيضاحية ووزع على عدد كبير من المهتمين بمحتواه وخاصة أساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحامين .

---

(٣٢) توفى رحمه الله بالقاهرة فى ١٣ / ٧ / ١٩٧٧ م ، وقد سقط المشروع المشار إليه بوفاة مقدمه طبقا للائحة الداخلية لمجلس الشعب المصرى . وقد كان هذا المشروع موضع نقاش بيننا وبين الصديق العزيز الأستاذ الدكتور السيد على السيد وكيل مجلس الشعب فى لقاء بمكتبه بالقاهرة يوم ١٤ / ٩ / ١٩٧٧ م وعدنى خلاله بتبنى المشروع المذكور .

(٣٣) ص ٤ من المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون (على الآلة الكاتبة) . وقد كانت الرغبة الشعبية الأولى — بين ثلاثين رغبة تلقتها اللجان التى طافت أنحاء مصر عند اعداد مشروع الدستور الدائم فى يونيو — يوليو ١٩٧١ م — هى أن ينص على اعتبار الشريعة الإسلامية هى المصدر الأول للتشريعات . انظر فى ذلك ، عبد الحليم الجندى ، المصدر السابق ، ص ٩٢ .

(٣٤) ص ٥ و ٦ من المذكرة الإيضاحية . وسوف نشير إلى الأحكام التفصيلية للمشروع فى موضعها .

(٣٥) أشارت إلى هذا القرار المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المذكور ، ص ٤ .

ولم ينشر بعد – فيما نعلم – ما انتهت إليه اللجنة التى شكلها وزير العدل من مشروعات القوانين.

ولم ينظر مجلس الشعب المصرى حتى الآن (أبريل ١٩٧٨ م » أيًّا من مشروعات القوانين المعدة أساساً تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية برغم أن بعضها مدرج بالفعل فى جدول أعمال المجلس منذ زمن ليس بالقصير.

٥ – ٤ – فى السودان :

فى ٨ من مايو ١٩٧٣ وافق رئيس جمهورية السودان على الدستور الدائم الذى أجازه مجلس الشعب السودانى فى ١١ من أبريل ١٩٧٣ م.

وقد نصت المادة التاسعة من هذا الدستور على أن «الشريعة االإسلامية والعرف مصدران رئيسيان للتشريع والأحوال الشخصية لغير المسلمين يحكمها القانون الخاص بهم».

ونصت المادة ١٦ من الفقرة (أ) على أنه «فى جمهورية السودان الديمقراطية الدين الإسلام ويهتدى المجتمع بهدى الإسلام دين الغالبية وتسعى الدولة للتعبير عن قيمه»[٣٦]

وفى ٢٣ من مايو ١٩٧٧ م صدر القرار رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٧٧ م من نائب رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء فى ذلك الوقت – السيد الرشيد الطاهر بكر – والخاص بتشكيل لجنة لمراجعة القوانين السارية فى البلاد حتى تتناسب مع تعاليم الدين الإسلامى.

وقد جاء فى مقدمة هذا القرار أنه صدر تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية – الرئيس جعفر محمد نميرى - بتاريخ ١٩٧٧/٤/٢٨ م

ونص القرار على تكوين لجنة عامة من ثمانية عشر عضواً بعضهم من كبار رجال القانون فى السودان وبعضهم من الشخصيات العامة والوزراء. وحصر اختصاص اللجنة العامة فى مناقشة ماتتوصل إليه اللجنة الفنية من بحوث ودراسات ومشروعات قوانين. وفى إقرار ماتراه مناسباً من آراء ومقترحات ومشروعات قوانين تحقيقا لمهمة اللجنة الأساسية وهى تعديل القوانين السارية لتتمشى مع قواعد الشريعة الإسلامية.

---

(٣٦) كان مشروع الدستور المقدم للجمعية التأسيسية فى يناير ١٩٦٨ م من اللجنة القومية للدستور فى السودان يتضمن نصًّا على أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الأساسى لقوانين الدولة (م/ ١١٣) وعلى بطلان كل نص مخالف لأى حكم من أحكام الكتاب والسنة فى أى قانون يصدر بعد إجازة الدستور (م/ ١١٤) وعلى أن تصدر الدولة القوانين التى تنفذ بها أحكام الشريعة تدريجيًّا، والتى تلغى بها القوانين التى تعارض أحكام الكتاب والسنة أو تعدلها (م/ ١١٥).

ونص القرار كذلك على تشكيل لجنة فنية من أعضاء سودانيين وأعضاء غير سودانيين ، (٣٧) وحددت اختصاصات اللجنة الفنية بما يلى :

١ – إعداد الدراسات المستمدة من قواعد الشريعة الإسلامية وآراء الفقهاء حول تنظيم المعاملات بين الأفراد والمؤسسات وغيرها مما يتناول الحقوق والواجبات وقواعد الإثبات فى جميع فروع القانون .

٢ – إعادة النظر فى جميع القوانين السارية فى السودان لمعرفة مايتعارض منها مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها . (٣٨)

وقد افتتحت أعمال اللجنتين باجتماع عام ألقى فيه رئيس الجمهورية كلمة بين فيها تصوره لعمل اللجنة . كما ألقى رئيس القضاء ورئيس اللجنة العامة السيد خلف الله الرشيد كلمة عرض فيها محاولات تعديل القانون السودانى ، وأعلن أن تشكيل اللجنة الحالية إنما يأتى تطبيقاً لما نصت عليه المادة التاسعة من الدستور السودانى .

وقد توالت بعد ذلك أعمال اللجنة الفنية حيث أنجزت مشروع قانون حظر الخمر ، ومشروع قانون أصول الأحكام القضائية ، ومشروع قانون حظر الفوائد الربوية فى القروض الاستهلاكية ، ومشروع قانون صندوق الزكاة ، ومشروع قانون القروض التعاونية والاستهلاكية . (٣٩)

كما أنجزت اللجنة الجزء الخاص بإعادة النظر فى جميع القوانين السارية فى السودان وحددت مواضع تعارضها مع الشريعة الإسلامية تمهيدا لتعديلها . وأعدت اللجنة دراسة مطولة عن قانون أمن الدولة السودانى . وجميع أعمال اللجنة الفنية معروضة الآن على اللجنة العامة ليرفع ماتقره منها إلى السلطات المختصة فى السودان لإصداره .

---

(٣٧) ضمت اللجنة من السودانيين الدكتور حسن عمر (النائب العام) ، الدكتور صديق محمد الضرير (أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة الخرطوم) والدكتور محمد الفاتح حامد (عميد كلية الحقوق بجامعة الخرطوم) والدكتور حسن الترابى (العميد الأسبق لكلية الحقوق بجامعة الخرطوم) والسيد على محمد العوض (وكيل ديوان النائب العام) . كما ضمت من غير السودانيين الدكتور إبراهيم زيد الكيلانى والدكتور محمد صقر (الأستاذان بجامعة عمان بالأردن) وعلى على منصور (المستشار السابق بمجلس الدولة المصرى) والأستاذ محمد سلام مدكور (أستاذ الشريعة بجامعة القاهرة) والدكتور محمد سليم العوا (الأستاذ بجامعة الرياض) وقد اعتذر الأربعة الأولون من هؤلاء عن المشاركة فى أعمالها . كما أضيف إليها المستشار جميل بسيونى المستشار بمحاكم الاستئناف فى مصر ، والدكتور جعفر شيخ إدريس أستاذ الدراسات الإسلامية بجامعة الرياض (أستاذ الفلسفة بجامعة الخرطوم سابقاً) وهذا التعدد فى أوطان أعضاء اللجنة الفنية مظهر من مظاهر الوحدة القانونية التى لا يحققها فى البلاد العربية سوى العودة إلى الشريعة الإسلامية ، حيث يختفى فى ظلها كل تعصب إقليمى أو قومى .

(٣٨) الفقرة الرابعة من قرار تشكيل اللجنة.

(٣٩) سوف تأتى الإشارة إلى بعض الأحكام التفصيلية فى مشروعات القوانين المذكورة فى مواضعها من هذه الدراسة .

ومن المقرر أن تنتهى اللجنة الفنية من أعمالها بنهاية شهر أغسطس سنة ١٩٧٨ م . وعلى الرغم من اعتراض بعض المجموعات – أو القوى السياسية – السودانية على لجنة تعديل القوانين السودانية ومهاجمتها لها فإن الاتجاه الغالب فى الرأى العام السودانى يؤيد عمل اللجنة . وقد ظهر ذلك جليًّا فى انتخابات مجلس الشعب التى أعلنت نتائجها فى فبراير ١٩٧٨ م .(٤٠)

٥ – ٥ – فى دولة الإمارات العربية المتحدة :

فى شهر أبريل سنة ١٩٧٧ م أصدر رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان – قراراً بإحالة جميع قضايا السرقة إلى المحاكم الشرعية بدلا من إحالتها إلى المحاكم المدنية . وبأن يكون الحكم فيها على أساس الشريعة الإسلامية . وقد نص على أن يسرى هذا القرار على القضايا المنظورة فعلا أمام المحاكم والتى لم يصدر فيها حكم بعد .(٤١)

وفى شهر مارس من هذا العام ١٩٧٨ م نشرت مجلة أكتوبر المصرية أن رئيس دولة الإمارات العربية قد أصدر قراراً بتشكيل لجنة عليا لمراجعة القوانين فى الدولة وتعديلها بما يتفق مع الشريعة الإسلامية . وأن المستشار على على منصور قد عيّن رئيساً لتلك اللجنة .

وبرغم أن المعلومات الكاملة عن تشكيل هذه اللجنة وخطة عملها لم تتوفر بعد ، فإنه من المتصور ألا تخرج فى ذلك عن مثيلاتها فى البلاد العربية الأخرى ، وخصوصاً اللجنة التى شكلت فى ليبيا ، وذلك لسببين : أولها أن مذهب الإمام مالك السائد فى ليبيا هو نفسه المذهب السائد فى دولة الإمارات ، وظروف الحياة فى البلدين وخاصة الظروف الاقتصادية والاجتماعية متشابهة . وثانيهما أن اختيار المستشار على على منصور لرئاسة هذه اللجنة فى دولة الإمارات يوحى بالرغبة فى تطبيق المنهج الذى وضعه فى ليبيا وحاول تطبيقه فيها موضع التنفيذ فى دولة الإمارات العربية المتحدة .(٤٢)

---

(٤٠) انظر مثلا من هذه الاعتراضات فى العدد رقم ١١ من المجلد الثانى الصادر فى نوفمبر ١٩٧٧ م من مجلة Sudan Now التى تصدر فى الخرطوم ص ١٤ . والقوى السياسية المعارضة لتطبيق الشريعة الإسلامية فى السودان هى الشيوعيون ، والحزب الجمهورى الإسلامى ! بقيادة محمود محمد طه وبعض الجنوبيين .

(٤١) تطبق المحاكم الشرعية فى دولة الإمارات مذهب الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه .

(٤٢) من الجدير بالذكر أن دولتين غير عربيتين تتجهان الآن نحو تطبيق الشريعة الإسلامية ، وهما باكستان ونيجيريا . غير أن تفصيل ما يجرى فى هاتين الدولتين يخرج عن نطاق هذا البحث من جهة ، وهو لا يخرج فى مجمله عما أشرنا إليه فى الدول العربية من جهة أخرى .

٦ – المنهج والغاية :

إن التغيرات التشريعية التى أشرنا إليها فى البلاد العربية سواء منها ما وجد سبيله إلى الصدور فى صورة قوانين ملزمة ، أو ماهو فى سبيله بعد للوصول إلى هذه المرحلة كانت بلا شك استجابة طبيعية لمطلب شعبى فى جميع البلاد العربية والإسلامية .

وكانت من جهة أخرى نتيجة لدعوة متكررة من جانب الفقه إلى العودة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى هذه البلاد . وقد حمل لواء الدعوة الفقهية عدد غير قليل من أساتذة القانون ، ومن علماء الشريعة الإسلامية كانت جهودهم فى دراسة التشريع الجنائى الإسلامى رائدة فى تمهيد الطريق لهذه الدراسة بحيث يتسع نطاقها ويكثر المهتمون بها ، ومن ثم يزداد أثر الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ليشمل من الأمة كل فئاتها ، فتنتج تلك الدعوة فى عالم الواقع العملى آثارها بعد أن أبرز البحث العلمى فى مجال الدراسات النظرية فائدتها ولزومها .

على أن تلك الدراسات للتشريع الإسلامى فى جوانبه الجنائية وفى غيرها من الجوانب قد اصطدمت بعاملين معوقين : أولهما التطبيق المحدود فى الواقع للأحكام الإسلامية ، بحيث أصبحت الدراسة لهذه الأحكام خارج نطاق المعمول به منها دراسة لا يعنى بها فى الغالب إلا المشتغلون بالدعوة الإسلامية العامة – بما يطبع اهتمامهم عادة من ميل إلى العمومات وبعد عن المنهج العلمى الدقيق – وقلة من الباحثين المتخصصين الذين دفعتهم إلى دراسة الشريعة الإسلامية عقيدة فى أفضليتها على النظم القائمة ، أو رغبة فى البحث العلمى المجرد تتجه نحو الجدة والابتكار . وطبيعى أن يضيق مجال انتشار هذين النوعين من الدراسة بقدر بُعْدِ موضوعها عن الحياة العلمية .

وكان العامل الثانى الذى عاق تقدم الدراسات القانونية الإسلامية هو ذلك الرأى الذى انتشر بين عدد كبير من المهتمين بقضايا الإسلام والذى مضمونه أن العمل فى المجال الإسلامى يجب أن يكون مقصوراً – فى المرحلة التى تمر بها الأمة المسلمة الآن – على الدعوة إلى العودة إلى تحكيم الإسلام فى حياة الناس بإقامة حكومات (إسلامية) فى أرجاء العالم الإسلامى . ولا يجوز – عند أصحاب هذا الرأى – أن يعنى المسلمون بشىء وراء ذلك من قضايا المجتمع المعاصر ومشكلاته ، اقتصادية أو سياسية أو تعليمية أو قانونية .. لأن تلك المشكلات والقضايا لم تنشأ فى ظل تطبيق نظم الإسلام ، وهو من ثم لا يسأل عنها ولن يتحمل نتائجها ، وسوف يتكفل بحلها حين تطبق نظمه بعد أن تقوم الحكومات التى يدعون إليها .

فأما العامل الأول ، فها نحن أولاء نرى بدايات زواله فى الاتجاه نحو تطبيق الأحكام الجنائية

الإسلامية – وأحكام الشريعة بصفة عامة – فى مختلف الأقطار العربية .

وأما العامل الثانى فإنه ، وهو رأى لايزال يعتنقه ويدافع عنه كثيرون ، سوف يواجه – فى تقديرنا – ضرورة عملية تجبر أصحابه على التخلى عنه أو تعزلهم عن المجتمع ، بانصراف الناس عنهم. ذلك أن تطبيق الأحكام الإسلامية ، أو حتى مجرد الاتجاه المعلن إلى هذا التطبيق سوف يثير من القضايا مايتحتم على المشتغلين بالفكر الإسلامى أن يقولوا فيه رأيهم ويسمعوا كلمتهم . فإن فعل ذلك أصحاب هذا الرأى فقد تخلوا عن رأيهم ، وإن لم يفعلوا تخلى الناس عنهم إلى من يهتم بقضايا العصر من الباحثين والمفكرين والدعاة . (فأما الزبد فيذهب جفاء ، وأما ما ينفع الناس فيمكث فى الأرض) .

وعلى ذلك فإن المنهج الذى ندعو إليه ونلتزمه ، يقوم على الاهتمام فيما يتعلق بالأحكام الجنائية الإسلامية من دراسات ، بتيسير تطبيق هذه الأحكام فى واقعنا المعاصر ، وتقديم فقهها – الذى هو فهمها موضوعاً وغاية – بصورة تلائم العصر الذى نعيشه وتصلح له .

ذلك أن فقهنا الجنائى الإسلامى وقد انفصل عن واقعنا قريباً من مائة سنة قد أضحى غريباً عنا ، بقدر ما أصبحنا غرباء عنه . حتى لقد قيل – بحق – إن رجال القانون « منهم من يتجرع الفقه الإسلامى ولايكاد يسيغه . . ثم إنهم يفهمون هذا الفقه على أساس مبادئ القانون التى شرعها لهم مشرعوهم وهى أسس تخالف مبادئ الشريعة التى صلح بها أمرنا كلما تمسكنا بها »[٤٣].

ومن ثم فإن الواجب العلمى – والدينى – اليوم بقدر ما يقتضى التخصص والعمق فى الدراسات الجنائية الإسلامية ، يقتضى فيها اليسر ووضوح البيان ، وحسن الاختيار الذى تزول معه العقبات فى سبيل التطبيق ، بدلا من أن تتراكم أو تتفاقم .

وحين يقتضى المنهج المشار إليه ، أو الغاية المرجوة منه ، اجتهاداً غير مسبوق ، أو ترجيحاً وانتصاراً لرأى قل مؤيدوه ، فإن خوف الخطأ لا يجوز أن يوقفنا عن الاجتهاد ، وخشية معارضة الكثرة لاينبغى أن تمنعنا من حسن الاختيار ، بما يناسب ما نريد من التطبيق الكامل لشريعة الإسلام ، ماكان لما نذهب إليه دليل واضح يدل عليه من نصوص الشريعة أو أصولها ، أوكان – مانذهب إليه – مما تقبله هذه الأدلة والأصول ولاترده ، قبله بعد ذلك من قبله ، ورفضه من رفضه . ونحن فى ذلك على قاعدة فى العلم الإسلامى مسلّمة : «إذا قاس من له القياس فاختلفوا : وسع كلا أن يقول بمبلغ اجتهاده ولم يسعه اتباع غيره فيما أدى إليه اجتهاده بخلافه »[٤٤] .

---

(٤٣) عبد الحليم الجندى ، المصدر السابق ، ص١٥٣ – ١٥٤ .

(٤٤) الإمام الشافعى فى اختلاف الحديث ، ص ١٤٨ – ١٤٩ وقد نقله المرحوم الشيخ أحمد شاكر فى تعليقاته على الرسالة ص ٥١٢ (هامش) .

٧ – تقسيم :

وعلى أساس من ذلك المنهج الذى أشرنا إليه ، والذى يتغيا المساهمة فى حركة المجتمع المسلم المعاصر نحو تطبيق الشريعة الإسلامية ، تنقسم دراستنا إلى خمسة أبواب .

فى الباب الأول نعرض عدداً من أوليات التشريع الجنائى الإسلامى التى يقوم عليها بناؤه ، أو التى يكمل بفهمها فهمه ، فيتم بالعلم بها العلم به . وبعض هذه الأوليات يتعلق بمصدر النظام الجنائى الإسلامى وأثره فى أحكامه وبعضها يتصل بقواعد موضوعية فيه ، وبعضها يتعلق بقواعد إجرائية يبدو أثرها فى التطبيق القضائى للنظام الجنائى الإسلامى .

وفى الباب الثانى ندرس أحكام جرائم الحدود وعقوباتها . ونعرض فى فصل أول من هذا الباب أحكام جرائم البغى والخمر والردة ، باعتبارها جرائم لايسلّم فيها وصفها بأنها من جرائم الحدود . ونعرض فى فصل ثان أحكام جرائم السرقة والحرابة والقذف والزنى وهى – عندنا – جرائم الحدود بالمعنى الصحيح .

وفى الباب الثالث ندرس أحكام جرائم الاعتداء على الأشخاص ، وهى جرائم القصاص والدية .

وفى الباب الرابع ندرس أحكام جرائم التعزير .

ونخصص الباب الخامس والأخير لأصول الأدلة الجنائية التى يعتد بها فى إثبات ارتكاب المتهم للسلوك المعاقب عليه ، ونناقش الازدواج بين نظام الإثبات المقيد والإثبات الحر وأثر كليهما فى الحكم بالإدانة والعقوبة وأثر كل منهما فى تكوين القاضى لعقيدته ، أو مدى حق القاضى الجنائى فى إهدار الأثر المترتب على شهادة معينة ، تطابق ما يشترطه النظام الجنائى الإسلامى كطريق للإثبات فى جريمة معينة ، إذا لم تطمئن نفسه إليها .

ونرجو أن نكون بذلك قد أدينا بعض ماعلينا من واجب التبليغ والبيان مدركين أن غاية مايبلغه الجهد البشرى – فى إخلاص – أن يصل إلى « رأى » قد يكون هو الخطأ ، بقدر ماقد يكون صواباً . ومعتقدين – مع ذلك – أننا مطالبون ببذل هذا الجهد دائماً كى لا نبوء بإثم القلب إذا كتمنا شهادة الحق .

وقديماً قال الإمام الشافعى « رأيى صواب – عندى – ويحتمل الخطأ ، ورأى غيرى خطأ – عندى – ويحتمل الصواب » .

ومن قبل أعلن رسول الله ﷺ أن للمجتهد المصيب أجرين وللمجتهد المخطئ أجر واحد . وحسبنا أن نطلب أجر الاجتهاد أما أجر الإصابة فيه فمرده إلى الله ، يؤتى الفضل من يشاء ، وهو يقول الحق . ويهدى السبيل .

الباب الأول

أوليات فى التشريع الجنائى الإسلامى

٨ – تمهيد :

نناقش فى هذا الباب عدداً من الأسس التى يقوم عليها بناء النظام الجنائى الإسلامى ، أوالأسس التى لايتم تصور أداء النظام الجنائى الإسلامى لوظيفته إلا بوجودها وأدائها لوظيفتها .

ومن هذه الأسس مايتصل بمصدر القانون وأثره فى أحكامه . ومنها ما يتصل بقواعده الموضوعية ، كما أن منها مايتصل بقواعد إجرائية ، وقد توالت هذه الأسس فى هذا الباب مرتبة هذا الترتيب ، فكانت المسألة الأولى فيه هى الصبغة الدينية للتشريع الجنائى الإسلامى ، والمسألة الثانية هى حماية القيم الأخلاقية فى المجتمع عن طريق القاعدة الجنائية . وهما مسألتان متعلقتان بكون المصدر الأول لهذا التشريع هو وحى السماء قرآناً كان أو سنة .

ثم تلت ذلك القواعد الموضوعية حيث ناقشنا مبدأ الشرعية ، وقاعدة عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى ، ومبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية ، ثم ناقشنا بإيجاز أهم الأهداف التى تتوخاها العقوبة فى تصور الفقه الجنائى الإسلامى .

وجاءت بعد ذلك القواعد المتعلقة بالإجراءات الجنائية ، فناقشنا مشكلة انقسام العقاب فى نظر الفقه الجنائى الإسلامى تبعاً لتقسيم الحق المعتدى عليه إلى حق الله وحق العبد وأثر ذلك فى سلطة تحريك الدعوى الجنائية . ثم وقفنا لدى القاعدة الإسلامية الذائعة « درء الحدود بالشبهات » وأثرها فى الإثبات فى جرائم الحدود وجرائم التعزير . وأخيراً ناقشنا أثر التوبة والعفو فى سقوط العقوبة أو امتناع المحاكمة الجنائية .

وفى كل هذه الموضوعات كانت دراستنا – على إيجازها – متجهة وجهة المقارنة بين النظام الجنائى الإسلامى وبين النظم الجنائية الحديثة ، وقد بدأ أثر هذا الاتجاه واضحاً فى المنهج والمصطلح بقدر ما ظهر فى التعرض للموضوع ذاته .

الفصل الأول

أوليات تتصل بالمصدر

١ - الصبغة الدينية للتشريع الجنائى الإسلامى
٢ - حماية القيم الأخلاقية

الصبغة الدينية للتشريع الجنائى الإسلامى

يتميز النظام القانونى الإسلامى باستناده فى أسسه العامة ، وقواعده الكلية ، والعديد من أحكامه الجزئية ، استناداً مباشراً إلى الوحى من قرآن وسنة . فالشريعة الإسلامية تعرف بأنها مجموعة الأحكام التى نزل بها الوحى على رسول الله ﷺ[(١)] وهى تنقسم إلى ثلاثة أقسام من حيث موضوعها ، وإلى قسمين من حيث مصدرها .

٩ – تقسيم الأحكام الإسلامية من حيث موضوعها :

تنقسم الأحكام الإسلامية من حيث موضوعها إلى ثلاثة أقسام :

أولها : العقيدة والأحكام المتعلقة بها . كالأحكام الخاصة بذات الله وصفاته والإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره . وهذا القسم هو الأساس الذى تبنى عليه الأحكام الإسلامية كلها .

وثانيها : الأحكام المتعلقة بتهذيب النفس وإصلاح شأنها . وتعنى هذه الأحكام بتبيين الفضائل التى يجب على المرء التحلى بها ، كالصدق والوفاء والشجاعة والسخاء والعفو والإحسان . وتبين كذلك الرذائل التى لايجوز للمرء أن يتسم بها كالكذب والخيانة والكبر والأنانية وغيرها .

وثالثها : الأحكام المتعلقة بعلاقات الفرد بخالقه كأحكام الصلاة والصوم والحج والزكاة ، وعلاقات الفرد بغيره من الأفراد كأحكام البيوع والهبات والإجارة والزواج والطلاق ، وعلاقات الفرد بالسلطة السياسية فى المجتمع من وجوب الطاعة للحكام والنصح لهم ، والخضوع لحكم الشريعة الذى يقومون بتنفيذه . ويدخل فى هذا القسم الأخير أحكام الجرائم والعقوبات ، بل أحكام كافة الحقوق والواجبات العامة .

وقد اختص النوع الأول من الأحكام الشرعية بعلم يسمى «علم الكلام» والنوع الثانى «بعلم الأخلاق» ، والنوع الثالث «بعلم الفقه» أو «علم الأحكام الشرعية العملية»[(٢)] .

---

(١) أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، المدخل ، ص ٢٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٢ .

١٠ – تقسيم الأحكام من حيث مصدرها :

وتنقسم الأحكام الفقهية (أو الأحكام الشرعية العملية) من حيث مصدرها المباشر إلى نوعين : نوع مصدره المباشر هو النص الذى نزل به الوحى سواء أكان هذا الوحى متلوًّا – أى آية فى القرآن الكريم – أو غير متلو – أى حديثاً نبويًّا شريفاً – ومن أمثلة هذا النوع أحكام الميراث الثابتة بنص الآيات من سورة النساء (يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين . .) إلخ الآيات . وأحكام الطلاق الثابتة فى قوله تعالى (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وحكم السارق والسارقة الثابت فى قوله تعالى : (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله) وحكم القاذف الثابت بقوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) .

والنوع الثانى مصدره المباشر اجتهاد الفقهاء المسلمين فى العصور المختلفة فى المواضع التى ليس فيها نص من الكتاب والسنة . ومن هذا النوع أغلب الأحكام الفقهية ، ومن أمثلته الاجتهاد فى الحكم بقتل الجماعة بالواحد وقد وقع فى عهد الخليفة الثانى عمر بن الخطاب عندما قتلت امرأة وخليلها رجلا فتردد عمر فى الحكم بقتلها قصاصاً لقول الله تعالى فى شأن القصاص (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ، واستشار عليًّا فأشار بقتلها ، وقضى عمر بذلك . ومنها إفتاء الصحابة بأن يضمن الصناع مايهلك عندهم من متاع الناس ، وقد علل الإمام على رضى الله عنه ذلك بقوله : «لايُصلح الناس إلا ذاك» . ومنها قضاء الصحابة بأن ترث الزوجة من زوجها الذى طلقها فى مرض موته . وقد اعتبروا الزوج الذى يطلق امرأته فى مرض الموت يرمى بطلاقه إياها إلى حرمانها من الميراث فعاملوه بنقيض مقصوده وقضوا بحقها فى الإرث منه .[٣] وقد سار الفقهاء بعد عصر الصحابة على هذه الطريقة فى الاجتهاد عند غياب النص وتكونت بذلك تلك الثروة الفقهية الكبرى التى نجدها اليوم بين أيدينا فى مختلف مصنفات الفقه الإسلامى بمذاهبه المتعددة[٤]

---

(٣) المرجع السابق ، ص ١١٣ ، ١١٤ .

(٤) قارن ، الشيخ عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الإسلامى فيا لا نص فيه . ص ١١ – ١٣ حيث يجعل الأحكام من حيث مصادرها أربعة أنواع : ما مصدره نص قطعى الثبوت والدلالة ، وما مصدره نص ظنى الثبوت أو الدلالة وما مصدره الإجماع من مجتهدى الأمة فى عصر من العصور ، وأخيراً ما مصدره الاجتهاد الفردى .

١١ – ثبوت الصبغة الدينية للنوعين المتقدمين :

والصبغة الدينية لأحكام الفقه الإسلامى واضحة فى النوعين المتقدمين أما النوع الأول فلأن الحكم فيه مأخوذ مباشرة من نص الوحى سواء كان هذا النص فى القرآن أو فى سنة الرسول عليه الصلاة والسلام . أما النوع الثانى فإن الاجتهاد الفقهى فيه يأخذ إحدى صورتين : صورة استنباط الحكم من نص غير قطعى الدلالة تختلف فى تحديد دلالته آراء المجتهدين . أو صورة إثبات الحكم بطريق الاجتهاد : إما قياساً على حكم ثبت بالنص ، وإما بطريق الاستحسان ، وإما بتحكيم المصلحة ، أو العرف ، أو بغير ذلك من طرق الاستنباط التى تناولها بالبيان والشرح علماء الأصول .(٥)

فإذا كان مبنى الحكم الفقهى هو الاجتهاد فى فهم نص ظنى الدلالة فالأمر واضح ، إذ مرجع الحكم – فى الحقيقة – هو النص وليس الاجتهاد إلا مجرد وسيلة لإدراك مايدل عليه النص ويقضى به .

وإذا كان طريق الوصول إلى الحكم هو استعمال أحد طرق الاستنباط المقررة فى الأصول عند غياب النص فإن الصبغة الدينية ثابتة أيضاً للأحكام التى يتوصل إليها بهذا الطريق ، إذ أن هذه الطرق للاستنباط تستمد شرعيتها من تقريرها صراحة أو إشارة فى القرآن والسنة . ولذلك قال الإمام الشافعى فى رسالته فى الأصول «فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها» وقال «كل مانزل بمسلم ففيه حكم لازم ، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة» .(٦)

وقال «وقد فرض الله فى كتابه طاعة رسوله ﷺ والانتهاء إلى حكمه . فمن قبل عن رسول الله فبفرض الله قبل»(٧)

ومن ذلك يتبين أن الأحكام الفقهية الإسلامية بالإضافة إلى كونها أحكاماً قانونية تحكم علاقات الناس بعضهم مع بعض ، هى أحكام دينية تستمد من الوحى مباشرة ، أو من طرق للاستنباط أرشد

---

(٥) انظر فى ذلك : عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق حيث عالج القياس والاستحسان والمصلحة والعرف والاستصحاب . وأيضاً مؤلف أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، أصول الفقه الإسلامى ، ص ١٨٨ – ٣٦٥ حيث ناقش بتفصيل واف جميع طرق الاستنباط فى الفقه الإسلامى .

(٦) الرسالة ، بتحقيق المرحوم الأستاذ أحمد محمد شاكر ، ص ٢٠ ، ص ٤٧٧ .

(٧) الرسالة ، ص ٢٢ .

الوحى إلى جواز العمل بها والاعتماد عليها ، وتستوى فى ذلك الأحكام الجنائية فى الفقه الإسلامى مع الأحكام غير الجنائية فيه .

١٣ – نتائج الصبغة الدينية للأحكام الشرعية :

وتترتب على الصبغة الدينية للأحكام الشرعية (أو القانونية) فى الفقه الإسلامى نتائج أهمها :

أولا : ارتباط الخضوع للأحكام الشرعية وتطبيقها بالإيمان بالله تعالى . فى وجوب خلو المعاملات المالية من الربا يقول الله عز وجل : (يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين) البقرة – ٢٧٨ .

وفى عقوبة الزنى ووجوب العلانية فى تنفيذ العقوبات (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) النور – ٢.وفى النهى عن ارتكاب جريمة القذف (يعظكم الله أن تعودوا لمثله أبداً إن كنتم مؤمنين) النور – ١٧ .

ثانيا : ارتباط الأحكام الشرعية بثواب أو عقاب أخروى كما ترتبط بعض هذه الأحكام بالعقاب الدنيوى . فى شأن المحاربين أو قطاع الطريق يقول الله تعالى بعد أن بيّن عقوبتهم (ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم) المائدة – ٣٣.وفى شأن جريمة القتل يقول سبحانه (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً) النساء – ٩٣ . وفى الطاعة ووجوبها ، والمعصية وتحريمها يقول الله (تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم . ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين) النساء – ١٣ ، ١٤ . ويقول سبحانه وتعالى : (إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم وندخلكم مدخلا كريماً) النساء – ٣١ .

وقد بين رسول الله ﷺ أثر الإيمان فى الامتناع عن المحرمات بقوله « لايزنى الزانى حين يزنى وهو مؤمن ، ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن ، ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن .. فإياكم إياكم »(٨)

ثالثاً : أن الربط بين الأحكام القانونية وبين الإيمان من جهة ، وتعليق الثواب الأخروى على طاعتها مع التهديد بالعقاب الأخروى – أيضاً – على مخالفتها من جهة أخرى ، يقوى فى نفوس المخاطبين بهذه الأحكام الدافع إلى الالتزام بها والوقوف عند حدودها . فسلطة الدولة وقوة أجهزة

(٨) الحديث متفق عليه ، وانظر مشكاة المصابيح ، جـ١ ص ٢٣ .

الرقابة مهما بلغت تقصر عن الإحاطة بكل مايقع من مخالفات للقواعد القانونية فى المجتمع ، ومن ثم فإنها لاتكفى وحدها فى منع وقوع هذه المخالفات . أما إذا أضيف إليها الوازع الدينى فإن كل فرد يصبح قاضى نفسه يمنعه إيمانه من استباحة الحرمات وأكل حقوق الآخرين والعبث بمصالحهم .(٩)

رابعاً : أن الالتزام بالأحكام الشرعية فى الدولة الإسلامية وبين المسلمين بعضهم بعضاً – ليس أمراً مرجعه إلى إرادة السلطة التشريعية الوضعية ، أو إلى إرادة الشعب ، أو إلى المصلحة كما يراها القائمون على أمور الدولة . وإنما يجب الالتزام بهذه الأحكام باعتبارها جزءاً من الإسلام ذاته ، لايتم التزامه – كدين – إلا بالتزام أحكامه التشريعية – كقانون – وتطبيقها فى المجتمع المسلم . وكما ينطبق ذلك على أحكام العبادات والمعاملات فإنه ينطبق على أحكام الجرائم والعقوبات سواء بسواء .(١٠)

ومن الجدير بالبيان أن الصبغة الدينية للتشريع الجنائى الإسلامى – أو للتشريع الإسلامى بعامة – تعتبر أحد أوجه الاختلاف الأساسية بين هذا التشريع وغيره من التشريعات المعاصرة ، وقد ترتبت على هذا الاختلاف فوارق أخرى كثيرة توزعتها مصادر التشريع ، ونظرياته العامة ، وأحكامه الجزئية ، وتفصيل أوجه الخلاف كلها يخرج بنا عن نطاق هذه الدراسة . غير أننا سوف نخصص الفقرة التالية من هذا البحث لإحدى النتائج البالغة الأهمية لهذا الاختلاف بين التشريع الجنائى الإسلامى وغيره من التشريعات الجنائية المعاصرة ، تلك هى الحماية التى يسبغها كل من التشريع الإسلامى والتشريعات الجنائية المعاصرة على القيم الأخلاقية . وسوف نلم كذلك فى مواضع أخرى من هذه الدراسة بعدد من مواضع الخلاف الأخرى .(١١)

---

(٩) أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية ، ص ٥٥ – ٥٦ .

(١٠) انظر فى بطلان القوانين المخالفة للشريعة الإسلامية ، عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى ، جـ ١ ص ٢٢٥ – ٢٤٢ .

(١١) انظر للمقارنة بوجه عام بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، المدخل لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، ص ٢٧٠ – ٢٨٦ .

حماية القيم الأخلاقية (١٢)

إن مشكلة العلاقة بين القانون والأخلاق ، أو مدى وجوب التطابق بين القاعدة الأخلاقية والقاعدة القانونية لم تزل منذ القدم – وحتى اليوم – تجذب انتباه المهتمين بعلوم القانون والأخلاق وتدور حولها على وجه الخصوص كتابات الكثيرين من المشتغلين بالفلسفة بوجه عام وبفلسفة القانون بخاصة .

١٣ – وضع المشكلة :

ويزداد النزاع فى هذه المشكلة حدة بين الفلاسفة والعلماء المشتغلين بالقانون الجنائى وفلسفته على وجه أخص . ذلك أن تدخل القانون الجنائى فى فرض القيم الأخلاقية فى مجتمع ما – أو فى حماية هذه القيم – يعنى اعتبار أعمال منافية للأخلاق جرائم ، وفرض عقوبات تنتقص من الحقوق القانونية لمن توقع عليه ، لا لشىء إلا لارتكابه فعلا غير أخلاقى . ولذلك كان الرأى الغالب بين فقهاء القانون الجنائى الوضعى أنه ينبغى أن يحصر تدخل القانون الجنائى بتحريم الأفعال غير الأخلاقية فى أضيق نطاق ممكن . ويعبر أنصار هذا الرأى عنه بقوله «إنه بينما تمثل قواعد الأخلاق الحد الأقصى للكمال ، تمثل قواعد القانون حده الأدنى وتمثل قواعد القانون الجنائى الشق الأساسى من هذا الحد الأدنى » . (١٣) أو بقولهم «إن الغرض الوحيد الذى يجوز أن تستعمل من أجله القوة – بحق – ضد أى عضو فى مجتمع متمدين ، على الرغم من إرادته ، هو منع الإضرار بالآخرين »(١٤)

---

(١٢) فى الصلة بين القانون والأخلاق بوجه عام انظر :

Martin Golding, Philosophy of Law, New Jersey, 1957, P. 33-37.

(١٣) انظر فى الفقه العربى الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ص ١٣١ ، ١٣٦ . وفى الفقه الإنجليزى :

H.L.A. Hart, Law, Liberty and Morality, London 1963 (1969 Ed.); and The Morality of the Criminal Law Jerusalem, 1965.

والمراجع الأخرى التى سوف تأتى الإشارة إليها .

(١٤) John Stuart Mill, On Liberty, P. 15.

١٤ – موقف القضاء والفقه الإنجليزى :

ومنذ بداية العقد الماضى من هذا القرن وقضية القانون والأخلاق – وبصفة خاصة القانون الجنائى والقيم الأخلاقية – تثير نقاشا متصلا بين الفلاسفة وأساتذة القانون الجنائى فى بريطانيا والولايات المتحدة . وقد بدأ هذا النقاش بالقضية المشهورة بقضية Shaw V. D.P.P. (1961) والتى قضى فيها مجلس اللوردات البريطانى برفض الاستئناف الذى رفعه Mr. Shaw عن الحكم الصادر بإدانته بتهمة «التآمر على إفساد الأخلاق»(١٥)

وانقسم الرأى بين الفلاسفة وأساتذة القانون الجنائى فى إنجلترا فأيد البعض هذا الحكم وعارضه آخرون . فأما المؤيدون فرأوا أن القانون الجنائى يجب أن يشمل بحمايته القدر المتعارف على قبوله من القيم الأخلاقية . (١٦) وأما المعارضون فيرون أن القانون الجنائى يجب ألا يتدخل فى الأخلاق الشخصية للمواطنين ، ومن ثم فإن وظيفة القانون الجنائى يجب أن تقتصر على حماية الفرد والجماعة من الأفعال التى تشكل ضرراً لأحدهما أو خطراً عليه . ولذلك فإنه لا يجوز – عند أنصار هذا الرأى – أن يكون محل الحماية الجنائية مجرد قيمة أخلاقية مالم يرتب الإخلال بهذه القيمة أوانتهاكها ضرراً للآخرين(١٧) .

وعلى الرغم النقد العنيف الذى وجه لحكم مجلس اللوردات ، والقاعدة التى بنى عليها ، فإنه يبدو أن المحاكم البريطانية قد رحبت بهذا الحكم ، فقد حفلت أحكامها منذ صدوره وإلى الآن بالاعتماد عليه والإشارة إليه . ومن أشهر القضايا التى استعمل فيها هذا الحكم قضية D.P.P V. Richard Neviell المعروفة بـ (The OZ case) والتى صدر فيها الحكم فى ٥

---

(١٥) انظر : Shaw V. D.P.P. All E.R. (1961) 2, P. 446 et seq:

ولمزيد تفصيل راجع رسالتنا The Theory of Punishment, London 1972 P. 243-246.

وقد سبق هذه القضية فى إثارة مشكلة القانون والأخلاق تقرير اللجنة المشكلة لبحث جرائم البغاء والشذوذ الجنسى والمعروف بـ Wolfenden Report والذى ستأتى الإشارة إليه .

(١٦) فى تأييد هذا الرأى انظر : Lord Devlin, the Enforcement of Morals, P. 4-25; Goodhart, L.Q.R. 1961, vol. 77 P. 567; Mitchell, B., Law, Morality and religion, 1970, PP. 134-135

(١٧) يعتبر أقوى المدافعين عن هذا الرأى Prof. Hart فى كتابيه سالفى الذكر وقارن:

The Wolfenden Report, 1957, Cmd. 247 Par.13, 61, 62 62.; Abraham, Morality and the Law, P. 84 et seq : Fuller, The Morality of Law, Chapters 2 and 3.

من أغسطس ١٩٧١ . وقضية D.P.P. V. Stage I (Publishing Co.) والتى حكم فيها فى ١ يوليو ١٩٧١ [١٨] وقضية Knuller التى صدر فيها حكم ثان من مجلس اللوردات فى سنة ١٩٧٢ [١٩].

١٥ – النظرة الإسلامية إلى العلاقة بين القاعدتين الخلقية والقانونية :

وإذا كان المشتغلون بالقانون الجنائى الوضعى يتوزعهم رأيان فى مدى جواز حماية القيم الأخلاقية بقواعد القانون الجنائى ، كما تقدم ، فما هو الموقف فى فقه التشريع الجنائى الإسلامى ؟

إن أنصار استعمال القاعدة الجنائية فى حماية القيم الأخلاقية وخصومه على السواء يسلّمون بأن أصل القيم الأخلاقية فى أى مجتمع هو الدين السائد فى هذا المجتمع [٢٠].

ولقد بيّنا فيما سبق مدى ابتناء القواعد والأحكام الفقهية الإسلامية على الأحكام الدينية التى جاء بها الإسلام . وتستوى فى ذلك – كما بينّا – الأحكام الجنائية والأحكام غير الجنائية فى الفقه الإسلامى .

فليس غريباً إذن أن نجد قواعد الشريعة والفقه الجنائى الإسلامى تحفل إلى أبعد حد بحماية القيم الأخلاقية التى يجب أن تسود فى المجتمع الإسلامى . فالقرآن الكريم يعلل تحريم بعض الأفعال بآثارها الأخلاقية ، فيقول فى شأن الخمر والميسر (إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر) المائدة – ٩١ . ويحرم الزنى بقوله تعالى : (ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سبيلا) الإسراء – ٣٢ . ويعلل العديد من الأحكام بأنها أزكى للنفوس وأطهر للقلوب . وما زكاة النفس وطهارة القلب إلا سبيل الاستمساك بالخلق القويم والسلوك السوى . [٢١]

وكذلك نرى فى جرائم الحدود المقررة فى التشريع الجنائى الإسلامى جريمتان تتصلان اتصالا مباشراً بالقواعد الأخلاقية الاجتماعية : جريمة الزنى وجريمة القذف .

أما نظام التعزير المقرر فى الفقه الجنائى الإسلامى كطريق للتجريم والعقاب خارج دائرتى الحدود والقصاص فإنه أوسع مجال لحماية القيم الأخلاقية فى المجتمع بتقرير العقاب على مخالفتها . وسوف نرى مصداق ذلك عند البحث فى جرائم التعزير وعقوباتها فى الباب الثانى من هذه الدراسة .

---

(١٨) See: The Times, August 6 and 9, July 2 and November 6 .

(١٩) انظر Smith and Hogan, Criminal Law P. 187 وقد رفض مجلس اللوردات فى هذه القضية الأخيرة القول بأن من سلطته مد نطاق القانون الجنائى لحماية القيم الأخلاقية . ويشكل هذا الحكم فى الواقع عدولا عن المبدأ الذى قرره المجلس ذاته فى قضية Shaw انظر ص ٢٠ من المرجع المشار إليه .

(٢٠) انظر Lord Devlin, O.P. Cit. P. 4.

(٢١) انظر فى ذلك ، أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، تعليل الأحكام ص ١٩ .

ويؤكد ذلك أيضاً أن الجزاء فى المفهوم الإسلامى ليس دنيويًا فحسب ، بل هو دنيوى وأخروى . فإذا ارتكب المسلم محظوراً ولم يقع بارتكابه – لسبب أو آخر – تحت طائلة العقاب الدنيوى ، لحقه العقاب الأخروى – ولا ينجو من هذا العقاب إلا بالتوبة الصادقة النصوح . فالتوبة وهى رجوع الإنسان عن المعصية ، وعزمه على عدم العودة إليها تسهم مع قواعد العقوبات الدنيوية المقررة فى التشريع الإسلامى فى إحكام الصلة بين القانون الجنائى والقاعدة الخلقية .(٢٢)

ولقد وصف القانون الإسلامى – بحق – بأنه قانون القواعد الأخلاقية ، فكل الأفعال والعلاقات توزن فيه بميزان القواعد والقيم الأخلاقية .(٢٣)

وليس ذلك بغريب فى تشريع تستمد قواعده وأحكامه من الإسلام الذى يصف نبيه نفسه بقوله « بعثت لأتمم حُسْنَ الأخلاق »(٢٤).

ومن هنا يمكننا أن نقول إنه لا انفصال فى تشريع الإسلام بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية . وإن القاعدة الجنائية الإسلامية يمكن أن تستخدم دائماً للإجبار على احترام القاعدة الأخلاقية فى المجتمع الإسلامى . ولا ريب فى أن هذه السمة المميزة للتشريع الجنائى الإسلامى تعتبر – كما أسلفنا – إحدى النتائج الهامة لاصطباغ قواعد هذا التشريع بالصبغة الدينية .

---

(٢٢) قارن : الدكتور محمد عبد الله دراز ، دستور الأخلاق فى القرآن ، ص ٢٥٥ – ٢٥٧ . (معرب عن الفرنسية) .

(٢٣) قارن . N.J. Coulson. A History of Islamic Law. P. 83.

(٢٤) حديث صحيح رواه مالك فى الموطأ ، ص ٥٦٤ ، وأخرجه أحمد فى مسنده عن أبى هريرة ، انظر مشكاة المصابيح ، جـ ٢ ص ٦٣٢ .

الفصل الثانى

أوليات موضوعية

٣ – لا جريمة ولا عقوبة بغير نص
٤ – عدم رجعية النصوص الجنائية إلى الماضى
٥ – المساواة أمام النصوص الجنائية
٦ – أهداف العقوبة .

لا جريمة ولا عقوبة بغير نص

من القواعد الأساسية فى القانون الجنائى فى العصر الحديث قاعدة أنه لاجريمة ولا عقوبة بغير نص . وهى القاعدة التى يعبر عنها أحياناً بمبدأ الشرعية Legality

١٦ — معنى القاعدة وتطورها التاريخى :

ومقتضى هذه القاعدة أن لاتعتبر أفعال الأفراد وصور سلوكهم جرائم إلا إذا كان ثمة نص قانونى صادر من السلطة التشريعية فى الدولة يقرر جعل هذا السلوك المعين جريمة ، ويقرر عقوبة له . بشرط أن يكون هذا النص التشريعى قد صدر قبل ارتكاب الفعل أو وقوع السلوك المراد عقابه .(٢٥)

وترجع هذه القاعدة فى أصلها إلى تطور تاريخى طويل بدأ منذ العهد الجمهورى للقانون الرومانى وانتهى بإقرارها فى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذى صدر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وفى الدستور الفرنسى الصادر عام ١٧٩٣ ثم فى قانون نابليون الصادر عام ١٨١٠ وهو قانون العقوبات الحالى فى فرنسا . وقد جاء هذا الإقرار التشريعى للقاعدة تقنينا لما نادى به العالم الإيطالى Beccaria فى كتابة الشهير عن الجرائم والعقوبات والذى صدرت طبعته الأولى عام ١٧٦٤ أى قبل الثورة الفرنسية بربع قرن .(٢٦) .

وقد اكتسبت القاعدة كذلك إقراراً عالميًا فنص عليها فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر عام ١٩٤٨ م . وأخذت بها معظم دساتير العالم وقوانين العقوبات فى الدول المختلفة .(٢٧) وقد تعرضت قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ، أو قانونيتها ، لعدد من الانتكاسات فى بعض التشريعات مثل التشريع الألمانى الصادر فى ١٩٣٥/٦/٢٨ والذى أباح العقاب على أفعال لم تجرم صراحة بنصوص القانون وإنما جرم القانون

---

(٢٥) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ — ١٩٠ . ولنا دراسة مفصلة لمبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن ، هى الآن تحت الطبع فى العدد السابع من المجلة العربية للدفاع الاجتماعى التى تصدر عن المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى ضد الجريمة .

(٢٦) المرجع السابق ، ص ١٧ ، ١٩١ .

(٢٧) الدكتور محمد محيى الدين عوض ، المبادئ الأساسية التى يقوم عليها القانون الجنائى الأنجلو — أمريكى ، ص ٧١ — ٧٢ . والدكتور رمسيس بهنام ١٩١ — ١٩٢ .

أفعالا مماثلة لها تماماً . وكذلك القانون الدانمركى الصادر فى عام ١٩٣٣ حيث نص فى مادته الأولى على عقاب الأفعال المذكورة فيه ومايماثلها تماماً .[٢٨]

وكان التشريع السوفيتى لا يأخذ بقاعدة قانونية الجرائم والعقوبات إلى أن صدر قانون « أسس التشريع الجنائى السوفيتى » فى ٢٥ / ١٢ / ١٩٥٨ ونصت مادته السادسة على الأخذ بهذه القاعدة حيث تقول « تتحدد الصفة الإجرامية للفعل وكذلك استحقاقه للعقوبة وفقاً للقانون السارى المفعول وقت ارتكاب هذا الفعل . . .

ولايكون للقانون الذى يقرر استحقاق الفعل للعقوبة أو يشدد العقوبة أثر رجعى »[٢٩].

وعلى الرغم مما تعرضت له قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات من انتقادات فإن المؤتمرات الدولية للقانون أيدت وجوب العمل بها أكثر من مرة . وكذلك جرى القضاء فى بعض الدول التى لاتنص تشريعاتها على القاعدة على التزام روحها أو مضمونها برغم عدم النص عليها[٣٠] .

١٧ – القاعدة فى القانون الإنجليزى :

ولقاعدة قانونية الجرائم والعقوبات فى القانون الإنجليزى وضع خاص هو نتيجة الطبيعة الخاصة لهذا القانون ذاته[٣١] ذلك أنه بينما يرجع فى تحديد الجرائم والعقوبات فى غالبية دول العالم إلى النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية Acts of Parliament فإن القانون الجنائى الإنجليزى نشأ وتطور أساساً اعتماداً على السوابق القضائية والأعراف التى حظيت بتأييد القضاء ، وتكون من هذين مايعرف بالشريعة العامة فى بريطانيا English Common Law[٣٢] وعلى الرغم من زيادة معدل تدخل البرلمان الإنجليزى فى مجال التشريع الجنائى فإن عدداً من الجرائم الهامة لايزال يعتمد أساساً على القواعد المقررة فى الشريعة العامة . ولعل أهم هذه الجرائم القتل والتآمر والشروع فى الجرائم الخطيرة . وقد كانت السرقة أيضاً جريمة غير نصية إلى أن صدر قانون السرقة Theft Act 1968 فأصبحت الجريمة وعقوبتها مقررتين بموجب نص تشريعى[٣٣] .

---

(٢٨) محمود إبراهيم إسماعيل ، شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات ص ١٣٦ – ١٣٧ .

(٢٩) منشور فى مجموعة أسس التشريع السوفيتى الصادرة عن دار التقدم بموسكو ، ص ٢٩٠ وما بعدها .

(٣٠) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ ، ١٩١ .

(٣١) درس وضع القاعدة فى القانون الأنجلو أمريكى وتطورها فيه الأستاذ الدكتور محمد محى الدين عوض ، المصدر السابق ، ص ٧٠ – ٧٧ . وانظر بتفصيل أوفى بحثنا عن مبدأ الشرعية ، المشار إليه سابقاً .

(٣٢) انظر فى ذلك Cross and Jones, Introduction, P. 16.

(٣٣) Ibid., P. 171-184; Smith and Hogan, P 175; 190-191 and 395-404

وقد نوقش حق المحاكم فى تقرير عقوبات لأفعال لم يصدر بتجريمها تشريع من البرلمان مؤخراً بصدد القضية المشهورة بقضية Shaw والتى سبق أن أشرنا إليها . فقرر مجلس اللوردات – وهو أعلى هيئة قضائية فى إنجلترا – أن من حق المحاكم مواجهة الأفعال الضارة بالمجتمع ، أو التى تؤدى إلى فساد الأخلاق بعقوبات يحكم بها على مرتكبى هذه الأفعال .[٣٤]

غير أن قضية أخرى عرضت على مجلس اللوردات فى عام ١٩٧٢ وهى (Knuller Case) وأثيرت فيها مسألة مدى حق المحاكم فى ظل الأوضاع الحالية للقانون الجنائى الإنجليزى فى العقاب على أفعال لم يصدر البرلمان تشريعاً يقرر العقاب عليها . فرأى المجلس أنه ليس من سلطاته التصدى لمثل هذه الأفعال بالعقاب . وأن هذه السلطة قد أصبحت – بالتأكيد – مقصورة على البرلمان .[٣٥] فإذا استقر المبدأ الذى أخذ به هذا الحكم لمجلس اللوردات فإنه يبدو أن القانون الإنجليزى سوف يتجه إلى تطبيق القاعدة الخاصة بقانونية الجرائم والعقوبات على نحو ماتطبقها الدول الأخرى التى تقوم فيها قواعد القانون الجنائى على التشريع فحسب دون غيره من المصادر .

١٨ – القوانين العربية وقاعدة الشرعية :

أما فى القوانين الجنائية العربية فإن النص على هذه القاعدة موضع إجماع هذه القوانين ، بل الدساتير العربية كذلك . وقد نص عليها فى عدد من هذه الدول فى الدستور وفى قانون العقوبات معاً ، ومن ذلك الدستور المصرى ١٩٧١ (م/٦٦) وقانون العقوبات المصرى رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ (م/٥)[٣٦] .

ذلك هو مدى الأخذ بقاعدة ألاّ جريمة ولاعقوبة إلا بنص فى النظم القانونية المعاصرة . فهل عرف التشريع الإسلامى الجنائى هذه القاعدة ؟

١٩ – النظام الجنائى الإسلامى وقاعدة الشرعية :

ليس فى نصوص القرآن أو السنة نص واضح الدلالة على العمل بهذه القاعدة فى مجال التشريع الجنائى . وبعبارة أخرى فإنه ليس هناك نص بعينه يفيد الأخذ بهذه القاعدة فى التشريع الجنائى

---

(٣٤) Shaw v. D.P.P. All E. R. (1961) 2, PP. 446 et seq.

(٣٥) Knuller v. D.P.P. All E.R. (1972) 2, P. 898; and Smith and Hogan, P. 187.

(٣٦) انظر الأستاذ الدكتور محمود مصطفى ، أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ، ص ٢٠ – ٢٢ . وبتفصيل أوفى بحثنا المشار إليه سابقاً ص ٥٢ – ٥٥ .

الإسلامى . ومع ذلك فإن استنتاج القاعدة من بعض نصوص القرآن والسنة ، ومن بعض القواعد الأصولية ، إستنتاجاً سائغاً ، أم غير عسير(٣٧) .

فأما آيات القرآن الكريم فنها قوله تعالى : (وماكنا معذبين حتى نبعث رسولا) الإسراء – ١٥ ، وقوله تعالى : (وماكان ربك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا) القصص – ٥٩ ، وقوله تعالى : (قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفرْ لهم ماقد سلف) الأنفال – ٣٨ وقوله تعالى بعد تحريم بعض صور السلوك (إلا ما قد سلف) النساء – ٢٢ ، ٢٣ ، وقوله تعالى : (عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه) المائدة – ٩٥ .

ومن أحاديث الرسول ﷺ التى تقرر تطبيقات لهذه القاعدة قوله فى حجة الوداع « ألا وإن دم الجاهلية موضوع وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب . وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبدأ به ربا عمى العباس بن عبد المطلب »(٣٨) وهذا الحديث النبوى ، مع الآيات القرآنية التى قدمنا بعضها تفيد بمجموعها أن الأصل فى الشريعة الإسلامية هو أن استحقاق العقاب متوقف على سبق الإنذار به . وأن من يرتكب فعلا ما أو يسلك سلوكا ما لا يعاقب على هذا الفعل أو السلوك إلا إذا كان قد سبقه نص تشريعى يوجب ذلك العقاب .

ومن هذه الآيات والأحاديث استخرج الفقهاء القاعدتين الأصوليتين اللتين تفيدان مضمون قاعدة « لاجريمة ولا عقوبة بغير نص » : قاعدة أنه لا تكليف قبل ورود الشرع .(٣٩) وقاعدة أن الأصل فى الأشياء الإباحة(٤٠) وتطبيق هاتين القاعدتين فى مجال الفقه الجنائى يعنى حظر العقاب على صور السلوك التى لم يرد نص بتجريمها . وقصر العقاب على صور السلوك المجرّمة على حالات ارتكابها التى تقع بعد ورود النص القاضى بالتجريم .

ولاشك فى أن جرائم الحدود والقصاص قد تقررت كلها فى التشريع الجنائى بنصوص خاصة بكل جريمة ، ومحددة للعقاب عليها فى القرآن والسنة على نحو ما سنبينه عند كلامنا عن هذه الجرائم وعقوباتها .

---

(٣٧) يكاد ذلك أن يكون محل إجماع من الباحثين المعاصرين . انظر مثلا : عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى ، ص ١١٥ – ١٢٠ ، محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة ، ص ١٨٤ – ١٨٦ ، دكتور عبد الأحد جمال الدين ، تقرير مقدم إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية ، المركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة ودكتورة سلوى توفيق بكير ، تقرير مقدم إلى الحلقة نفسها .

(٣٨) انظر النص الكامل لخطبة الرسول ﷺ فى حجة الوداع فى الوثائق السياسية للدكتور محمد حميد الله ، ص ٣٠٦ – ٣٠٩ .

(٣٩) الآمدى ، الأحكام ، ج ١ ص ٨٦ . والشوكانى إرشاد الفحول ، ص ٧

(٤٠) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٦ ، وابن نجيم ، الأشباه والنظائر ص ٦٦ . ومن الغنى عن البيان أن الشريعة الإسلامية بذلك قد سبقت الفكر القانونى الوضعى بأكثر من عشرة قرون فى تقرير قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات .

أما جرائم التعزير (وهي المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة) فإن الأصل فيها أن ينص على الجريمة دون العقوبة ، التي يترك أمرها للسلطة المختصة فى الدولة – تفرضها إن كانت هى السلطة التشريعية ، وتوقعها إن كانت السلطة القضائية – فى إطار العقوبات المسموح بتوقيعها فى الشريعة الإسلامية .

ومن هنا يتبين أن تطبيق قاعدة لاجريمة ولاعقوبة بغير نص يتم فى الفقه الجنائى الإسلامى فى أحد إطارين : إطار جامد فى جرائم الحدود والقصاص . حيث يأتى النص محدداً للفعل المجرّم وللعقوبة المقررة له . وإطار مرن فى جرائم التعزير حيث تبين النصوص الأفعال التى تعتبر – أو يمكن أن تعتبر – جرائم تعزيرية وتترك تحديد العقاب عليها للسلطة المختصة بذلك فى الدولة الإسلامية تراعى فى تقريره وتوقيعه ظروف الزمان والمكان وشخص الجانى .[٤١] .

وإذا صح ذلك كله – وهو صحيح – فإنه يبين مدى مجانبة الصواب فى الرأى القائل : إن قاعدة لاجريمة ولاعقوبة بغير نص قاعدة لاتعرفها الشريعة الإسلامية ، ولايمكن الأخذ بها فى نظام جنائى مستمد من الفقه الإسلامى . وإن إعمالها – أو القول بوجوب إعمالها – فى مثل هذا النظام يعد افتئاتاً على نصوص الشارع الإسلامى[٤٢] .

وإذا كان الفقه الجنائى الإسلامى يأخذ بقاعدة ألا جريمة ولاعقوبة بغير نص ، فإنه من العسير أن نقبل – فى ظل هذه القاعدة – القول بأن بعض الأفعال فى الفقه الإسلامى لا يمكن معرفة كونها جريمة أم لا إلا بعد وقوعها .[٤٣] ذلك أن مثل هذا القول يهدم القاعدة المشار إليها من أساسها ، ويجعل من النصوص والقواعد الأصولية المتقدم ذكرها مجرد كلمات خاوية من كل معنى علمى .

وإذا كان الفقه الجنائى الإسلامى يأخذ بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات فهل يأخذ كذلك بأهم نتائجها المنطقية وهى عدم رجعية التشريع الجنائى إلى الماضى ؟ ذلك مانعالجه فى الفقرة التالية .

---

(٤١) سوف يأتى مزيد تفصيل وبيان لهذا المعنى فى الكلام عن التعزير . وإنما أردنا هنا أن نبين مدى وجود قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات فى الفقه الجنائى الإسلامى من حيث المبدأ فحسب .

(٤٢) مصطفى كمال وصفى ، تقرير مقدم إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية ، القاهرة ، ١٩٧٦ م .

(٤٣) قارن : عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص ١٦١ .

عدم رجعية التشريع الجنائى إلى الماضى

بينا فيما تقدم أن الشريعة الإسلامية قد جاءت بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات . وأن هذه القاعدة تستفاد من نصوص بعض آيات القرآن الكريم ، ومن أحاديث الرسول ﷺ .

وأهم نتائج قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات – فى نظر الفقه الجنائى الحديث – أن النصوص الجنائية لاترجع إلى الماضى . وإنما يكون تطبيقها بأثر مباشر على الوقائع التى تحدث بعد صدور هذه النصوص دون الوقائع التى حدثت قبلها . وذلك مايعرف بمبدأ عدم رجعية التشريع الجنائى إلى الماضى .

وعدم رجعية التشريع الجنائى إلى الماضى من لوازم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ولا يتصور فى نظام قانونى أن يأخذ بمبدأ الشرعية ، ثم يهدر الأخذ بمبدأ عدم الرجعية . وذلك هو الشأن فى الأحكام الجنائية الإسلامية كما هو شأن غيرها من النظم الجنائية . وشواهد ذلك فيما قدمنا فى الفقرة السابقة من نصوص القرآن وحديث الرسول ﷺ كثيرة .

٢٠ – رأى مخالف ، والرد عليه :

غير أن بعض الباحثين المعاصرين يذهب إلى أن تقرير قاعدة عدم الرجعية يرد عليه فى التشريع الإسلامى استثناء مفاده أن يطبق النص الجنائى بأثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام والنظام العام .(٤٤) وقد استدل على هذا الرأى – أوله – بحالات أربع نناقشها فيما يلى ، لنرى إلى أى مدى يمكن القول بوجود استثناءات على قاعدة عدم الرجعية فى الفقه الجنائى الإسلامى .

٢٠ – ١ – جريمة القذف :

تقررت العقوبة على جريمة القذف بقوله تعالى فى سورة النور : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون . إلا الذين

---

(٤٤) المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، المصدر السابق ، ص ٢٦٦ وما بعدها . وقد استدل لرأيه بتطبيق النصوص الخاصة بالقذف والحرابة والظهار . أما النص الخاص باللعان فذكره فى هذا الخصوص المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة فى كتابه الجريمة والعقوبة ، ج ١ ص ٣٢٤ .

تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم) النور ٤ – ٥ .

وقد أنزل الله سبحانه وتعالى فى سورة النور نفسها براءة السيدة عائشة رضى الله عنها مما رماها به البعض من الإفك (الآيات ١١ – ٢٢) فأقام رسول الله ﷺ الحد على الذين قذفوا أم المؤمنين تطبيقاً للنص القاضى بجلد القاذف(٤٥).

وقد ذهب البعض إلى أن النص المقرر لعقوبة القذف قد نزل فى شأن قذفة السيدة عائشة رضى الله عنها وبذلك يكون الرسول ﷺ قد طبقه على حادثة وقعت قبل نزوله ، ومن ثم يكون لهذا النص أثر رجعى(٤٦).

ويبدو أن مصدر هذا القول وهم سبق إلى قائله من تتابع الآيات فى سورة النور مبينة حد الزنى ، فحد القذف ، فأحكام اللعان ، ثم قصة حديث الإفك وبراءة السيدة عائشة رضى الله عنها .

أما ما أوردته مراجع التفسير فهو أن مانزل فى شأن السيدة عائشة هو العشر الآيات التى تبدأ بقوله تعالى : (إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم لاتحسبوه شرًّا لكم بل هو خير لكم) .. إلى قوله تعالى : (ولولا فضل الله عليكم ورحمته وأن الله رءوف رحيم) الآيات من ١١ – ٢٠(٤٧) وذلك أيضاً هو ما ورد فى كتب السنة الصحيحة(٤٨). وبذلك فإن آيات حد القذف تكون منفصلة فى النزول عن آيات براءة السيدة عائشة رضى الله عنها . وإذا تبين هذا ، وأعملنا القواعد العامة التى ورد النص عليها فى الآيات القرآنية والتى تبين أنه لا عقوبة إلا بعد سبق الإنذار والبيان ، فإن الرسول ﷺ ، إذ عاقب قذفة السيدة عائشة ، يكون قد عاقبهم على فعل وقع منهم بعد أن جرمه القرآن وقرر عقوبته .

٢٠ – ٢ – حكم اللعان :

اللعان هو أيمان تجرى بين الزوجين بعد أن يرمى الزوج زوجته بالزنى دون أن يكون هناك شهود غيره .. والقصد منها أن يدرأ الزوج عن نفسه حد القذف إذ رمى زوجته بالزنى وليس عليه من

---

(٤٥) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج ٦ ، ص ٢٣ .

(٤٦) نقل ذلك ورجحه – دون أن يسنده أو يبين مصدره – المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، ص ٢٦٦ .

(٤٧) ابن كثير ، المرجع السابق ، ص ١٧ – ٣٠ ، والجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٣ ص ٣٠٦ – ٣٠٨ ، وابن الجوزى ، زاد المسير ، ج ٦ ص ١٧ – ٢٣ .

(٤٨) انظر نيل الأوطار للشوكانى ، ج ٦ ص ٣١٩ ، سير النبلاء للذهبى ، ترجمة عائشة بتحقيق الأستاذ سعيد الأفغانى ، ص ٤٧ . وقد ذكر فى نيل الأوطار الخلاف فى الآيات التى ينتهى بها سرد القرآن الكريم حادثة الإفك والحكم فيها . أما أول ذكر ذلك فى القرآن الكريم فالاتفاق قائم على أنه بقوله تعالى : (إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم) .

شهود ، وأن تدرأ الزوجة عن نفسها تهمة الزنى التي رميت بها[٤٩] .

وقد نزلت آيات اللعان من سورة النور إذ اتهم أحد الصحابة زوجته بالزنى فطالبه الرسول ﷺ بالبينة – وهى أربعة شهود أو يقيم عليه حد القذف . روى ابن كثير بسنده أن هلال بن أمية جاء رسول الله ﷺ فقال[٥٠] « يارسول الله إنى جئت أهلى عشاء ، فوجدت عندها رجلا ، فرأيت بعينى وسمعت بأذنى . فكره رسول الله ﷺ ما جاء به ، واشتد عليه واجتمعت الأنصار فقالوا .. الآن يضرب رسول الله هلال بن أمية ويبطل شهادته فى الناس . فقال هلال : والله إنى لأرجو أن يجعل الله لى منها مخرجاً . . . فوالله إن رسول الله ﷺ يريد أن يأمر بضربه ، إذ أنزل الله على رسوله الوحى » . . . فنزلت (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ..) الآية . وفى بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال لهلال بن أمية « البينة أوحد فى ظهرك »[٥١] .

ويكاد الفقهاء والمفسرون أن يكونوا مجمعين على أن حكم اللعان إنما نزل تخفيفاً عن الأزواج الذين يرمون زوجاتهم بالزنى . إذ الحكم الأصلى أن يجلد الزوج ثمانين جلدة شأنه شأن أى قاذف . ثم خفف ذلك فى حق الزوج بشرع أيمان اللعان[٥٢] .

وإذا كان ذلك ، فإن تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل نزول الآيات المقررة له ، يكون من باب تطبيق الحكم الأخف ولو كان تشريعه لاحقاً للواقعة التى يطبق فى شأنها . وذلك هو مايعرف فى الفقه الجنائى الحديث برجعية القانون الأصلح للمتهم . وهذه القاعدة استثناء– مقرر فى الكثير النظم الجنائية الحديثة – من قاعدة عدم الرجعية فى التشريع الجنائى .[٥٣] ومن ثم فإنه لا يمكن الاستناد إلى تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل تشريعه ، للقول بأن ثمة استثناء عرفته الشريعة الإسلامية يجيز تطبيق النص المجرِّم أو المقرر للعقوبة بأثر رجعى[٥٤] وإنما يصح الاستدلال بتطبيقه على هذه الواقعة على جواز رجعية القانون الأصلح ، سواء كان مخففاً للعقوبة أو ملغياً لوصف التجريم .

---

(٤٩) فى تفصيل أحكام اللعان انظر : أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، أحكام الأسرة ، ص ٥٩٧ – ٦٠٥ .

(٥٠) تفسير القرآن العظيم ، المرجع السابق ، ص ١٣ – ١٤ .

(٥١) زاد المسير ، المرجع السابق ، ص ١٣ ، نيل الأوطار ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ ، ٣٠٧ ، وفيه ترجيح أن آية اللعان نزلت فى هلال بن أمية لا فى عويمر العجلانى وهو ماتوهمه بعض الروايات .

(٥٢) المراجع المشار إليها فيا سبق ، وأحكام القرآن ، ج ٣ ص ٢٨٦

(٥٣) انظر فى هذا الاستثناء والخلاف الفقهى فيه ، الأستاذ الدكتور محمود مصطفى ، المصدر السابق ، ص ٢٤ – ٢٨ .

(٥٤) قال بمثل هذا الرأى استنتاجاً المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، المصدر السابق ذكره ، ص ٣٢٧ ، وقد أيد ذلك أيضاً الدكتور عبد الأحد جمال الدين فى تقريره المشار إليه سابقاً .

٢٠ – ٣ – حكم الظهار :

الظهار أن يقول الرجل لزوجته : أنت على كظهر أمى . وقد كانت العرب فى الجاهلية تجعل المرأة التى يظاهر منها زوجها محرمة عليه إلى الأبد فلا تعود إليه أبداً . ومحرمة على غيره من الأزواج كذلك فلا يجوز لأحد غيره أن يتزوجها فتبقى المرأة المظاهر منها معلقة لا هى لزوجها ، ولا يحل لها أن تتزوج سواه[٥٥] .

وقد أبطل الله سبحانه وتعالى هذا الحكم الذى درجت عليه العرب فى الجاهلية وجعل حكم الظهار أن يمتنع الرجل عن قربان امرأته حتى يكفر عن ظهاره بواحدة من ثلاث خصال : تحرير رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً . فإن لم يفعل ذلك . وشكت الزوجة أمرها إلى القاضى ألزمه الكفارة ، أو طلق امرأته عليه .[٥٦]

وورد النص على هذا الحكم فى قوله تعالى : (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسّا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم) المجادلة ٢ – ٤ .

وقد نزلت هذه الآيات فى شأن أوس بن الصامت الذى ظاهر من زوجته فجاءت تشكوه إلى رسول الله ﷺ . فأنزل الله تلك الآيات .[٥٧]

وظاهر من ذلك أن الحكم الذى شرعه القرآن الكريم فى الظهار أخف من حكم الجاهلية فيه . وأن الرسول ﷺ إذ طبق هذا الحكم القرآنى إنما خفف به على المظاهر وزوجته . فيكون الشأن فى الظهار هو الشأن فى حكم اللعان . ولا يمكن – من ثم – أن يستدل بالظهار وما نزل فيه من قرآن على رجعية التشريع إلى الماضى بإطلاق . وإنما يصح الاستدلال به على تطبيق الحكم الأخف باعتباره ملغياً أو ناسخاً للحكم الأشد .[٥٨]

---

(٥٥) أحكام الأسرة ، لأستاذنا الشيخ شلبى ، ص ٦٢٠ – ٦٢٢ .

(٥٦) المرجع السابق ، ص ٦٢٣ .

(٥٧) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج ٨ ص ٦٠ – ٦٣ .

(٥٨) استدل بقصة الظهار المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة على جواز الرجعية وفى مثل رأينا انظر الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص ٣٢٧ .

على أنه يبدو أن الاستدلال بحكم الظهار على رجعية التشريع الجنائى إلى الماضى مما لايمكن التسليم به . ذلك أن الظهار من مسائل الأحوال الشخصية أو أحكام الأسرة ، ولا علاقة بينها وبين الأحكام الجنائية حتى يستدل بها عليها ، وإنما يصح الاستدلال فى هذا الشأن بالنصوص الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، أو بالنصوص التى تقرر قواعد عامة . ومن ثم فحكم الظهار أيًا ماكان الشأن فى كيفية تطبيقه خارج – فى الحقيقة – عن نطاق البحث فى قواعد التشريع الجنائى الإسلامى .

٢٠ – ٤ – عقوبة الحرابة :

الحرابة ، أو قطع الطريق ، جريمة من جرائم الحدود فى الشريعة الإسلامية وقد بين القرآن الكريم حكمها فى قوله تعالى : (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتَّلوا أو يصلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) المائدة ٣٣ – ٣٤ .

وقد ذهب القائلون بأن هذه الآية طبقت بأثر رجعى إلى أنها نزلت فى قوم من عكل وعرينة قدموا إلى المدينة فرضوا ولم يطب لهم المقام بها ، فأرسلهم رسول الله ﷺ إلى حيث كانت ترعى إبل الصدقة و . . . فلما صَحّوا قتلوا راعى الإبل وساقوها . فلما بلغ ذلك النبى ﷺ غضب لذلك وأرسل أثرهم فلماجىء بهم نزلت الآيتان المتقدمتان فعاقبهم بها رسول الله ﷺ(٥٩) .

والصحيح فى حكم هذه الآية أنها وإن نزلت فى هؤلاء القوم من عكل وعرينة فإنها نزلت بعد عقابهم . وأنها إنما نزلت تبين عقاب مرتكبى جريمة الحرابة . وتنهى عن المثلة التى ورد فى بعض الروايات أنها ارتكبت فى حق هؤلاء بسمل أعينهم ومنعهم الماء .(٦٠)

وقد ورد التصريح بذلك فى صحيح البخارى ومسند أحمد وسنن أبى داود عن ابن سيرين « أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود »(٦١) وفى صحيح مسلم وسنن النسائى وجامع الترمذى أن الرسول ﷺ « إنما سمل أعينهم لأنهم سملوا أعين الرعاة »(٦٢) .

---

(٥٩) عبد القادر عودة – المرجع السابق ، ص ٢٦٧ – ٢٦٨ .

(٦٠) انظر تفسير القرطبى ، ج ٣ ص ٢١٤٤ – ٢١٤٧ ، زاد المسير ، ج ٢ ص ٣٤٣ – ٣٤٤ .

(٦١) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١٧٢ .

(٦٢) المرجع السابق ، ص ١٧٣ ، وزاد المسير الموضع السابق ، وتفسير القرطبى ، ج ٣ ص ٢١٤٧ حيث يقول إن رسول الله عاقبهم بقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) فمثلوا فمثل بهم .

فآيتا الحرابة فى سورة المائدة لم تطبقا على القوم الذين قتلوا راعى إبل الصدقة أصلا . وإنما عوقب هؤلاء بمقتضى النصوص العامة التى توجب المعاقبة بمثل الاعتداء من مثل قوله تعالى : (وجزاء سيئة سيئة مثلها) الشورى – ٤٠ ، وقوله : (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) النحل – ١٢٦ .(٦٣)

ومن هنا يتبين أيضاً أنه لم يكن ثمة أثر رجعى لتطبيق آيتى الحرابة وتبقى القاعدة المقررة فى التشريع الجنائى الإسلامى أنه لاجريمة ولاعقوبة بغير نص ، وأنه لايجوز أن يكون للنصوص الجنائية أثر رجعى اللهم إلا إذا كان ذلك يحقق مصلحة لمن تطبق عليه مثل هذه النصوص ، كما هو الحال فى حكم الملاعنة والذى نسخ به حكم القذف (الجلد) فى حق الزوج إذا رمى زوجته بالزنى .

وقد كان ذلك الفهم واضحاً عند الفقهاء الذين قرروا فى التعزير أنه لايجوز فيه تطبيق العقوبات على أفعال وقعت قبل إعلانها وبلوغها إلى علم المخاطبين بالنصوص المقررة لها . وفى ذلك يقرر القاضى أبو يعلى الحنبلى فى كتابه الأحكام السلطانية أنه عند تقرير عقوبات تعزيرية يجب على الحاكم «أن يقدم الإنكار . ولايعجل بالتأديب قبل الإنذار»(٦٤) وواضح من ذلك أن العقوبات التعزيرية التى يفرضها أولو الأمر فى الدولة المسلمة لايكون لها أثر رجعى تطبق به على ماسبقها من حوادث .

وبذلك تستقيم لنا قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية إلى الماضى ، فى الفقه الإسلامى ، ويتأكد سبق الشريعة فى شأنها كما سبقت فى الأصل الذى ترتبت عليه وهو قاعدة الشرعية على ماقدمنا .

---

(٦٣) ويلاحظ أن الأستاذ الشيخ أبو زهرة قد حاول (فى المرجع السابق) أن ينقد خبر العرنيين من جهة متنه . والواقع أن هذا النقد غير مسلّم . ويغنى عنه الخبر الصحيح : أن ذلك كان قبل شرع الحدود ، وعلى سبيل القصاص منهم بعقابهم بمثل مااعتدوا به .

(٦٤) ص ٢٧٧ . ومثله فى الماوردى ، الأحكام السلطانية ص ٢٤٩ .

المساواة أمام النصوص الجنائية

٢١ – فى القانون الجنائى المعاصر :

يشترط فقهاء القانون الجنائى الحديث شرطين لنجاح هذا القانون فى أداء رسالته ، أحدهما «أن يسرى القانون فى حق كافة من يخالفونه دون تمييز ويعبرون عن ذلك بأن يكون القانون واحداً بالنسبة لكافة الناس »[٦٥].

وهذا الشرط ، الذى يمكن أن يعبر عنه بمبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية يعتبر فرعاً لمبدأ المساواة أمام القانون الذى عرفته النظم القانونية الحديثة عقب إعلانه والنص عليه فى إعلان حقوق الإنسان الفرنسى الذى صدر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ .

٢٢ – موقف الشريعة الإسلامية من المبدأ :

فهل نجد لمثل هذا المبدأ من سند فى أحكام الشريعة الإسلامية ؟ لقد جاء الإسلام وحياة العرب قائمة على التفاضل بينهم بالنسب والمال والسمعة والجاه . وصور هذا التفاضل تغمر حتى مظاهر ديانتهم فضلا عن سيطرتها على نظم حياتهم .

فى المجال الدينى كان لقريش – مثلا – فى الحج مناسك خاصة تعرف بها وتلتزمها دون سائر الناس .

وفى مجال القانون الجنائى كان التمييز بين الناس واضحاً . فكانت دية القتيل من الأشراف أو السادة أضعاف دية الشخص العادى . وكان هؤلاء لايرضون – أحياناً – بقصاص من القاتل إلا أن يشمل كل قبيلته .[٦٦] وقد واجه الإسلام هذه العادات القبلية فألغاها وقرر منذ نزول القرآن أن

---

(٦٥) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٧ . وقد استقر هذا المبدأ فقهاً وقضاء فى إنجلترا والولايات المتحدة ، انظر .
Smith & Hogan, op. cit, P. 10-11.

أما المبدأ الثانى ، أو الشرط الثانى ، فهو أن يكون نظام التجريم متسعاً لوزن السلوك الإجرامى ذاته على ضوء القيم الخلقية الأساسية . ولا ينحصر نطاقه فى وزن مايترتب عليه من ضرر فعلى .

(٦٦) فى تفصيل ذلك انظر : الأم للإمام الشافعى ، ج ٦ ص ٧ ، والقصاص فى الشريعة الإسلامية ، للدكتور أحمد محمد إبراهيم ص ٩ – ١٠ .

الناس متساوون أمام أحكام الله سبحانه وتعالى لافرق فى ذلك بين الأحكام الدينية والأحكام القانونية .

فعندما حج رسول الله ﷺ ظنت قريش أنه يتبع فى حجه ماكانت قد اتخذته لنفسها من مناسك ، ولكنه حج كما يحج سائر المسلمين عملا بقوله تعالى : (ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس) البقرة – ١٩٩ (٦٧) .

وقرر رسول الله ﷺ الدية مائة من الإبل لكل قتيل دون تفرقة بين شخص وشخص . وأن المسلمين تتكافأ دماؤهم (٦٨) فمن قتل فإنه يقتص منه بقتله إلا أن يعفو أولياء المقتول فتجب لهم الدية . (٦٩)

وبالإضافة إلى هذه الأحكام الخاصة فإن نصوص القرآن الكريم وأحاديث الرسول ﷺ تقرر القواعد العامة التى يبنى عليها مبدأ المساواة من جهة ، والتى يتفرع عليها مبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية من جهة أخرى . فمن ذلك قول الله تعالى : (يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير) الحجرات – ١٣ . وقول رسول الله ﷺ « أنتم بنو آدم . وآدم من تراب » (٧٠) وقوله فى خطبة الوداع « يأيها الناس : ألا إن ربكم عز وجل واحد . ألا وإن أباكم واحد . ألا لا فضل لعربى على عجمى ألا لا فضل لأحمر على أسود إلا بالتقوى » (٧١) .

٢٣ – تطبيق مبدأ المساواة فى النظام الجنائى الإسلامى :

وفى مجال القانون الجنائى – على وجه الخصوص – قرر الرسول ﷺ قاعدة المساواة فى تطبيق النصوص الجنائية بنص واضح جلى لايحتمل تأويلا ولا خلافاً . فقد سرقت امرأة من بنى مخزوم عقب فتح مكة ، فاهتمت قريش لأمرها وخافوا أن يطبق عليها الرسول ﷺ عقوبة القطع ، فطلبوا من أسامة بن زيد أن يشفع لها عند رسول الله ﷺ . فغضب لذلك رسول الله عليه الصلاة والسلام وخطب الناس فقال : « أيها الناس إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه .

---

(٦٧) انظر صحيح مسلم بشرح النووى ، ج ٨ ص ١٧٠ – ١٩٨ .

(٦٨) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١٠ .

(٦٩) المرجع السابق ، ص ٩ .

(٧٠) رواه أبو داود والترمذى ، وقال ابن تيمية إنه حديث صحيح ، انظر : اقتضاء الصراط المستقيم ، ص ٧٣ .

(٧١) رواه الإمام أحمد فى مسنده بسند صحيح . وانظر ابن تيمية ، المصدر السابق ص ١٤٤ .

وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعتُ يدها »[٧٢] .

وقد كان فى تطبيق رسول الله ﷺ حد القذف على من قذفوا السيدة عائشة رضى الله عنها مافهم منه الفقهاء اطراد مبدأ المساواة فى تطبيق العقوبات الإسلامية . فقال السهيلى فى شرحه على سيرة ابن هشام عند ذكر توقيع الرسول ﷺ عقوبة الحد على القذفة «وفيه التسوية بين أفضل الناس بعد النبى ﷺ ، وأدنى الناس درجة فى الإيمان . لايزاد القاذف على الثمانين وإن شتم خير الناس بعد رسول الله ﷺ ولا ينقص منها »[٧٣]

وهكذا يتبين من هذه النصوص أن الشريعة الإسلامية قد قررت وطبقت مبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية تطبيقاً كاملا . وأن هذا المبدأ كما يستفاد من نصوص الشريعة العامة المقررة للمساواة بين الناس ، فإنه يستفاد من نصوص خاصة بأحكام جنائية كنصوص القصاص والدية والسرقة[٧٤]

وإذا كانت ترد على هذا المبدأ فى القوانين الجنائية الوضعية استثناءات تتمثل فى إعفاء بعض الأشخاص من العقاب على مايرتكبون من جرائم ، كاستثناء رؤساء الدول وأعضاء البعثات الدبلوماسية ، وأفراد القوات المسلحة الأجنبية من تطبيق العقوبات المقررة لما يرتكبونه من جرائم[٧٥] فإن أحكام الشريعة لاتقر من هذه الاستثناءات شيئاً . والأصل فيها اطراد تطبيق أحكام الإسلام الجنائية على كل من يقع منه فعل معاقب عليه فى إقليم الدولة الإسلامية[٧٦] .

---

(٧٢) صحيح مسلم بشرح النووى ، ج ١١ ص ١٨٦ – ١٨٨ .

(٧٣) عبد الرحمن السهيلى ، الروض الأنف ، ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٧٤) فى مبدأ المساواة من الناحية السياسية انظر كتابنا فى النظام السياسى للدولة الإسلامية ، ط ٢ ، ١٩٧٨ ص ١٢٩ – ١٣٤ .

(٧٥) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧ – ٣٠٠ ، ومحمود إبراهيم إسماعيل المرجع السابق ، ص ١٨٦ – ١٩٢ .

(٧٦) فى تفصيل ذلك انظر عبد القادر عودة ، المرجع السابق ص ٣١٠ – ٣٤١ .

أهداف العقوبة

يقودنا استقراء العقوبات المقررة فى النظام الجنائى الإسلامى ، والبيان الفقهى لوظائف هذه العقوبات أو للأهداف التى ترمى إلى تحقيقها إلى القول : إن نظرات ثلاث تتنازع هذه العقوبات :

أولها : أن العقوبة هى الجزاء العادل (أو المقابل) للجريمة .

والثانية : أن العقوبة ترمى - بتقريرها - وتؤدى - بتوقيعها - إلى منع وقوع الجريمة فى المستقبل .

والثالثة : أن العقوبة إجراء تقويمى يؤدى إلى إصلاح المجرم فلا يعود إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى .

وهذه النظرات الثلاث هى التى تسوّغ على أساسها العقوبة فى الفكر القانونى والفلسفى المعاصر . وإن كانت النظرة إلى العقوبة باعتبارها جزاء أو مقابلا للجريمة تعتبر اليوم أقل شيوعاً ، وأكثر تعرضاً للانتقاد من النظرتين الأخريين .

ونجمل فيما يلى الحديث عن كل من هذه النظرات - أو النظريات - الثلاث وموقف الفقه الإسلامى والمقارن منها ، على أن نعود إلى بعض التفصيلات التى تتعلق بهذا الموضوع فى مواضعها من البحث .

٢٤ - العقوبة جزاء أو مقابل للجريمة : (Retribution)

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن العقوبة « فى ذاتها لا تحقق نفعاً للمجتمع ، أو لمن توقع عليه من الأفراد ، ولكنها فى جميع الحالات يجب أن توقع كلما ارتكب شخص عملا مخالفاً للقانون »[٧٧] .

وقد لقيت هذه النظرة انتقاداً شديداً لارتباطها بفكرة الانتقام والتفكير التى اقترنت بالعقوبة فى العصور القديمة . ولذلك حاول المؤيدون لها تقديمها فى صياغة جديدة مؤداها أن المقصود بالعقوبة كجزاء مقابل للجريمة ليس هو الربط بين خطأ أخلاقى وقع فيه مرتكب الجريمة وبين الألم الذى يتمثل فى توقيع العقوبة عليه ، باعتبار الألم تكفيراً عن الخطأ ، وإنما ماتعنيه هذه النظرية هو أن أحداً لا يجوز أن يعاقب إلا إذا ارتكب جريمة أو فعلا مخالفاً للقانون[٧٨] .

---

(٧٧) Ted Honderich, Punishment, the Supposed Justification, London, 1971, pp. 22 et seq.

(٧٨) Ibid. and John Rawls, Two concepts of Rules, Philosophical Review 1955.

ويتفق دعاة هذه النظرة على أن اعتبار العقوبة جزاء أو مقابلا عادلا للجريمة هو بمثابة التعبير عن الاستنكار الذى يضمره المجتمع لارتكابها ، ويرون أن التغاضى عن هذا الاعتبار قد يؤدى إلى تسامح – غير مرغوب فيه بالتأكيد – مع ظاهرة الجريمة ذاتها .(٧٩) وعلى الرغم من الانتقادات العديدة التى تواجهها هذه النظرة إلى العقوبة باعتبارها الجزاء أو المقابل للجريمة فإنها لاتزال سائدة فى القانون الإنجليزى ، ومازالت تؤيدها اتجاهات الرأى العام فى إنجلترا(٨٠).

وتبدو فكرة اعتبار عقوبات الحدود بمثابة الجزاء المقابل للجريمة المرتكبة فى إحدى الخصائص المميزة لهذه العقوبات وهى أنها لايجوز تعديلها ولا العفو عنها . ومن ثم فإنها يجب توقيعها كلما ثبت ارتكاب الجريمة ، والفقهاء المسلمون يثبتون هذه الخصيصة لعقوبات الحدود استناداً إلى حديث « المرأة المخزومية » الذى أوردناه فيما تقدم ، والذى يوجب فيه الرسول ﷺ تطبيق عقوبة الحد على كل من ثبت عليه ارتكاب الجريمة المقررة لها .(٨١)

كذلك عبر القرآن الكريم عن العقوبة فى جرائم الحدود بلفظ الجزاء ، بل صرح بأنها الجزاء المقابل للجريمة :

(إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتّلوا أو يصلّبوا أو تقطّع أيديهم وأرجلهم من خلاف . .) الآية (المائدة – ٣٣ – ٣٤) .

« والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » (المائدة – ٣٨)

ومن الطريف أن نشير إلى أن استعمال القرآن الكريم للفظ « الجزاء » بمعنى المقابل الذى لايتخلف عن الفعل كما ورد فى مجال العقوبة قد ورد أيضاً فى مجال المثوبة «وذلك جزاء المحسنين » (المائدة – ٨٥) . (لهم مايشاءون عند ربهم ذلك جزاء المحسنين) (الزمر – ٣٤)

وقد يصح أن نستخلص من ذلك اتحاد وظيفة الثواب والعقاب فى حمل الناس على الامتثال والطاعة للقواعد المقررة فى المجتمع . وهى الفكرة ذاتها التى يدافع عنها ويتحمس لها عدد من أقطاب الفلسفة الحديثة .(٨٢)

---

(٧٩) Goodhart. A.L.. English law and moral law. London 1953. P. 93.

(٨٠) Howard Jones. Crime and the penal system, 3rd. Ed. London 1965, pp. 134-145; Michael Lessnoff. Two Justifications of punishment. The Philosophical Quarterly, April, 1971.

وقارن فى الفقه المصرى الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور ، السياسة الجنائية . ١٩٧٢ . ص ١٧٩ – ١٨١ .

(٨١) الحديث رواه البخارى ج ١٢ ص ٧٢ ومسلم ج ١١ ص ١٨٦ – ١٨٨ .

(٨٢) انظر على سبيل المثال : Duncasse C.J.. Philosophy & Wisdomin Punishment and Reward.(inPhilosophical perspective on Punishment) New York Univ. Press, 1968, p. 3-19.

وإذا كنا نجد تأييدا لفكرة الجزاء المقابل للجريمة فى آيات القرآن الكريم وأحاديث الرسول ﷺ التى تتعلق بجرائم الحدود . فإننا نجد أثراً أقوى وأوضح لهذه الفكرة فى كتابات الفقهاء وتخريجاتهم فى هذا الخصوص . ولعل أوضح مثال لذلك هو رأى الشافعية فى مسألة تعدد الجرائم والعقوبات حيث يرون وجوب توقيع جميع العقوبات المحكوم بها على الجانى مهما تعددت باعتبار كلا منها تقابل فعلا قد ارتكبه الجانى (٨٣) .

وفى الوقت الذى يأفل فيه نجم نظرية « الجزاء » أو المقابل للجريمة كتبرير للعقوبة بين فقهاء القانون الجنائى المعاصرين والمشتغلين بعلم العقاب Penology ، يتجه إلى تأييدها بعض علماء التحليل النفسى الذين يرون أنه من الأهمية بمكان حين يرتكب شخص جريمة ما أن يوقع عليه جزاء عادل لها : للمحافظة على هدوء النفس ، ولمنع اتجاه الآخرين من أفراد المجتمع نحو الجريمة . (٨٤) ويؤيدها بعض الباحثين فى علم العقاب باعتبارها تؤدى إلى احترام القانون ومنع حوادث الانتقام التى قد يرتكبها المجنى عليه إذا لم تناسب العقوبة فعل الجانى ، ولهذا السبب يعترف بعض معارضى هذه النظرة إلى العقوبة بأنها يجب أن يكون لها « دور محدود » فى نظم العقاب المعاصرة (٨٥)

٢٥ – هدف العقوبة هو منع الجريمة :(Deterrence)

إذا كانت نظرية الجزاء المقابل للجريمة – كتبرير للعقوبة – تلقى اليوم العديد من الاعتراضات ، فإن نظرية المنع – أى اعتبار الهدف من العقوبة هو منع الجريمة – تجد فى الفكر الفلسفى والقانونى الكثير من التأييد .

وكما يقول الأستاذ Blanchard : « أيًا ما كانت العقوبة فإنها يفترض أن تكون مانعة من ارتكاب الجريمة مرة أخرى » (٨٦) .

وإذا كانت نظرية الجزاء المقابل للجريمة تنظر إلى الماضى باعتبار العقوبة مقابلا يتحمله المجرم من جراء عمل أو امتناع مخالف للقانون قد صدر بالفعل عنه ، فإن نظرية المنع تضع المستقبل فى اعتبارها أكثر مما تضع الماضى ، إذ ترمى إلى منع ارتكاب مزيد من الجرائم عن طريق توقيع العقوبة بسبب

---

(٨٣) انظر من كتب الشافعية : شرح الأنصارى على متن البهجة لابن الوردى . ج ٥ ص ٩٩ – ١٠٣ . والمهذب لأبى إسحاق الشيرازى ، ج ٢ ص ٢٨٨ .

(٨٤) Lafave, W.R. & Scott, A.W., Criminal Law, Minnesota 1975, P. 24.

(٨٥) Ibid., qouting Hall & Glueck, Criminal law and Enforcement, 1958, P. 16.

(٨٦) Blanchard, B., Retribution Revised, Philosophical Perspective on Punishment, op cit., p. 59.

جريمة وقعت فعلا . ويعتبر منع وقوع جرائم جديدة – فى نظر أنصار فكرة المنع – هو الهدف الأكثر أهمية لتوقيع العقاب(٨٧)

وينقسم المنع الذى يحققه توقيع العقوبة إلى شقين : منع عام General deterrence يتحقق على الأفراد بصفة عامة فى المجتمع كله ، بحيث يمتنع المجرمون المحتملون أو عدد منهم ، عن ارتكاب الجريمة خوفاً من أن تلحقهم مثل العقوبة التى أصابت المجرم فعلا نتيجة لارتكابه جريمته .

ومنع خاص Particular deterrenc يقتصر أثره على المجرم الذى وقعت عليه العقوبة فعلا بحيث تصده العقوبة وألمها ومايترتب عليها من إيذاء مادى ومعنوى له عن العودة مرة أخرى إلى الخروج على القانون(٨٨) .

وإذاكان المنع الخاص يفترض أن يتحقق أثره بمجرد توقيع العقوبة ، فإن المنع العام لايتأتى أن يتحقق إلا بالإعلان عن العقوبة وجعلها معلومة للكافة ، لاعند تقريرها فحسب ، بل عند تنفيذها كذلك (٨٩) .

وقد سبق الفقه الجنائى الإسلامى إلى تبرير العقوبة على أساس من أثرها فى منع الجرائم . بل إن نظرية المنع تحتل لدى الفقهاء المسلمين المكان الأهم بين النظريات الثلاث التى تتوزع النظرة إلى العقوبة وتحدد غايتها . وتكاد الحجج التى يسوقها الفقهاء المسلمون لتأييد النظرة إلى العقوبة باعتبارها وسيلة لمنع الجريمة أن تكون هى بذاتها الحجج التى تساق فى الفكر القانونى والفلسفى المعاصر لتأييد نظرية المنع .

فالماوردى – الشافعى – يعرف العقوبات بأنها «زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ماحظر وترك ماأمر» ويبين ذلك بقوله «فجعل الله من زواجر الحدود ما يردع به ذا الجهالة حذراً من ألم العقوبة ، وخيفة من نكال الفضيحة . ليكون ماحظر من محارمه ممنوعاً ، وما أمر به من فروضه متبوعاً . فتكون المصلحة أعم ، والتكليف أتم »(٩٠).

---

(٨٧) Lafave & Scott, op. cit, p. 23; U.N. Sec. working paper to the 4th U.N. conference on prevention of crime and treatment of offenders, 1970 pp. 17-26.

(٨٨) Lafave & Scott, op cit. p. 23.

ويلاحظ أن البعض يجعل المنع الخاص موضوعاً لنظرية مستقلة فى تسويغ العقوبة يسميها The prevention theory أو Intimidation theory .

انظر ذات المرجع ص ٢٢ – ٢٣ .

(٨٩) انظر فى تفصيل ذلك Lord Lloyd, the idea of law. London 1970 (4th Ed.), P. 64; Ted Honderich, op. cit pp. 52-89

(٩٠) الأحكام السلطانية ، القاهرة ١٩٦٠ ، ص ٢٢١ .

والقرافى – المالكى – يقرر ، فى كتابه المشهور بكتاب الفروق ، أن « الزواجر (أى العقوبات) مشروعة لدرء المفاسد المتوقعة » وأن « الزواجر معظمها على العصاة زجراً لهم عن المعصية وزجراً لمن يقدم بعدهم على المعصية »(٩١).

ويذهب الكمال بن الهمام – الفقيه الحنفى المعروف – إلى أن العقوبات فى النظام الجنائى الإسلامى قد شرعت لتحقيق المنع العام ، فإذا نفذت على شخص معين فإنها تمنعه بذاته من العود إلى الإجرام مرة أخرى . وفى تنفيذها علناً ما يؤكد معنى المنع العام لهذه العقوبات(٩٢) وتنفيذ العقوبات علانية أصل مقرر فى الفقه الإسلامى ، ويؤيد الفقهاء وجوب التنفيذ العلنى للعقوبة – أيًّا كان نوعها – بالتوسع فى تطبيق قوله تعالى فى شأن عقوبة الزانيين (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) – سورة النور – ٢ وذلك باعتبار علة هذا النص متعدية بحيث يجب أن تنفذ جميع العقوبات بصورة علنية .(٩٣)

والإعلان عن تنفيذ العقوبة – عند أنصار نظرية المنع فى الفقه الجنائى الحديث – هو الذى يؤدى إلى تحقيق المنع العام General Detrrence وكذلك الفقهاء المسلمون يرون علة التنفيذ العلنى للعقوبات منع العامة– أو من يحتمل أن يتجه إلى الجريمة منهم – من ارتكاب الجريمة . وفى ذلك يقول ابن فرحون – الفقيه المالكى – « يجب أن تكون إقامة الحدود علانية غير سر لينتهى الناس عما حرم الله عليهم »(٩٤) .

ومن الوسائل الفقهية التى تبرز حفاوة الفقه الجنائى الإسلامى بالنظرة إلى العقوبة باعتبارها مانعاً من اتجاه العامة إلى الإجرام ، ماقرره الفقهاء من عدم قبول شهادة « المحدود » أمام القضاء فالنص الوحيد فى هذا الخصوص قاصر على من وقعت عليه عقوبة القذف المنصوص عليها فى سورة النور ومع ذلك فقد عمم الفقهاء هذا الحكم على جميع العقوبات المقررة لجرائم الحدود تأكيداً للنظر إليها باعتبارها مانعة من ارتكاب الجريمة .(٩٥) وثمة تطبيق حديث لهذه النظرة هو مانص عليه نظام الخدمة المدنية فى المملكة العربية السعودية من عدم جواز تعيين من حكم بإدانته فى جريمة حد فى الوظائف العامة قبل مضى ثلاث سنوات على تنفيذ العقوبة (م/٤ ف و من نظام الخدمة المدنية

(٩١) الفروق ، طبعة دار المعرفة ببيروت (مصوّرة) ج ١ ، ص ٢١٣ .

(٩٢) فتح القدير ، ج ٤ ، ص ١١٢ .

(٩٣) أبو بكر الرازى الشهير بالجصاص ، أحكام القرآن ، ط الأستانة ، ج ٣ ، ص ٢٦٤ .

(٩٤) تبصرة الحكام ، القاهرة ١٣٠٢ هـ (بالمطبعة البهية) ج ٢ ص ١٩٤ .

(٩٥) انظر لتفصيل ذلك :
El-Awa, Mohamed, The Theory of Punishment in Islamic Law, (thesis) London, 1972, p. 92.

الصادر بالمرسوم الملكى رقم ٤٩ فى ١٣٩٧/٧/١٠هـ)

ولعل علة ذلك النص هى اعتبار الوظائف العامة من الولايات فيكون شأنها شأن الشهادة لا يجوز القيام بها إلا لمن ثبتت عدالته .

٢٦ – هدف العقوبة هو إصلاح الجانى : (Reformation)

كان من نتائج التقدم الذى أحرزته البحوث العلمية فى مجالى الإجرام والعقاب أن ظهرت نظرية ثالثة فى وظيفة العقوبة مؤداها أن الهدف الذى يجب أن ترمى إليه العقوبة ليس هو المنع بشقيه – العام والخاص – وليس هو توقيع جزاء عادل على المجرم يقابل مااقترفت يداه من اعتداء على حق اجتماعى أو فردى ، وإنما الهدف الذى يجب أن توجه إليه العقوبة هو إصلاح الجانى نفسه وتقويم سلوكه بحيث يعود بعد ذلك إلى الحياة الاجتماعية كعضو صالح فى الجماعة .(٩٦) .

ومقتضى هذه النظرة إلى العقوبة أنها يجب أن تتحول من وسيلة للإيلام إلى أداة للعلاج .(٩٧) وقد بالغ بعض أنصار هذه النظرية حتى ذهبوا إلى أن « الجانى يحتاج إلى علاج إذ أنه مريض حقيقة ، وقد يكون مرضه عضويًا ، كما قد يكون أمراً قريباً من اليقين أنه مريض عقليًا ونفسيًا . فهو شخص مريض فعلا ويحتاج إلى المساعدة »(٩٨) .

وتقوم هذه النظرية على أساس من الاعتقاد فى كون النشاط الإنسانى نتيجة لعوامل سابقة عليه ، هى المقدمات التى أدت إليه ، وهذه العوامل من الممكن تحديدها ومن ثم يمكن اتخاذ الوسائل العلاجية المناسبة لإحداث تغيير فى سلوك الشخص الذى يخرج على القانون والذى اصطلح على تسميته بالجانى أو المجرم(٩٩) .

وتجد هذه النظرية اليوم فى صيغتها المعتدلة التى تجعل الإصلاح واحداً من أهداف العقاب وليس الهدف الوحيد ، وتبقى بذلك على العقوبة دون أن تدعو إلى استبدالها بالعلاج ولكنها تطالب بتعديل

---

(٩٦) Howard Jones, crime and the penal system London 1965 p. 143:

وفى اللغة العربية : رمسيس بهنام ، علم الإجرام ، الإسكندرية ١٩٧٠م ج ١ ص ٢٨ – ٣٠ .

(٩٧) Lafave and Scott, op. cit, p. 23.

(٩٨) Baylis, C.A., Immorality, Crime and Treatment, in «Philosophical Perspective on Punishment», op. cit, p. 147

(٩٩) Lafave and Scott, Ibid.

وفى جهود العلماء الإيطاليين الذين بدأت بهم الدراسة العلمية الحديثة لظاهرة الجريمة وكانوا أول من نادى بهذه النظرية انظر : رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٢٥ – ٣٠ . وعبد الفتاح الصيفى ، علم الإجرام ، بيروت ١٩٧٣ م ، ص ١٧٧ وما بعدها .

أساليب تنفيذها ، وتدعو إلى التروى فى اختيارها ، بحيث يتحقق الهدف الإصلاح منها إلى جانب أهدافها الأخرى – تجد هذه النظرية ، بهذه الصيغة ، أكبر تأييد فى أوساط علماء الإجرام Criminology وعلماء العقاب Penology (١٠٠).

وإذا كان هذا هو الاتجاه الغالب بين أقطاب علمى الإجرام والعقاب المعاصرين فإن نظريتى المنع والجزاء لايزال لها مكانهما الذى لاينكر فى تفسير العقوبة وتسويغها وبينما يرجع بعض الباحثين هذه الظاهرة إلى ضآلة معرفتنا بالتأثير الفعلى للعقوبة فى منع المجرمين المحتملين من الإقدام على الجريمة ، (١٠١) يرجعها البعض الآخر إلى أن معرفتنا بالوسائل التى تقود إلى إصلاح الجانى (غير العقوبات التقليدية) لاتزال محدودة جدًّا ، وإلى أن طبيعة بعض الجرائم قد تكون من التفاهة بحيث لايتصور فى شأنها التفكير فى حاجة الجانى إلى إصلاح ، وإلى أن الأهداف الأخرى للعقوبة (المنع والجزاء) يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار ، وقد يكون تحقيقها أهم كثيراً من الاستجابة لحجج دعاة نظرية الإصلاح (١٠٢).

ويجد الهدف الإصلاحى للعقوبة تعبيراً عنه محدود النطاق فى كتابات بعض الفقهاء المسلمين فى مجال عقوبات الحدود والقصاص .

ومن ذلك أن الفقهاء حين يناقشون عقوبة النفى من الأرض المقررة لجريمة الحرابة (أو الحبس فى مذهب الأحناف) يقررون أن هدف هذه العقوبة هو إصلاح الجانى . ولذلك يرون أن النفى أو الحبس يجب أن يستمر حتى تثبت « توبة الجانى وصلاح أمره »(١٠٣) وذلك يعنى بوضوح التأكد قبل الإفراج عن الجانى من أن استقامته الخلقية قد بلغت مستوى يحول بينه وبين التردى مرة أخرى فى وهدة ارتكاب الجريمة . وذلك هو ذاته ما تقرره نظرية الإصلاح من أنه لايجوز إطلاق سراح الجانى – أو إعفاؤه من التعرض لأساليب الإصلاح – إلا بعد التيقن من أنه لن يجرم مرة ثانية (١٠٤).

وثمة تعبير آخر عن النظرة إلى العقوبة كوسيلة إصلاح يراد بها تقويم مسلك الجانى ومنعه من الإجرام مرة أخرى يتمثل فى مذهب المالكية والظاهرية فى أن العقوبات المقررة لجريمة الحرابة (وهى

---

(١٠٠) Hall Williams, English Penal System in Transition, London, 1970, p. 13; Lafave and Scott, op. cit, p. 23.

(١٠١) Lafave and Scott, op. cit. p. 25.

(١٠٢) انظر فى عرض هذا الاتجاه ومناقشته : Hall Williams. op. cit

(١٠٣) الإمام الغزالى ، الوجيز فى فقه الشافعية ، ج ٢ ص ١٧٩ ، والمرداوى الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف فى فقه الإمام أحمد ، ج ١٠ ص ٢٩٨ .

(١٠٤) Lafave and Scott, op .cit. p. 24.

أربعة : القتل والصلب وقطع الأيدى والأرجل مْن خلاف والنفى) ليست على ترتيب الأفعال التى يمكن أن ترتكب بها هذه الجريمة ، وإنما هى عقوبات يخير بينها القاضى حتى يقضى منها بما يكون أصلح للجانى وللمجتمع فى الحالة المعروضة عليه .(١٠٥) وهذا المذهب يقوم على الارتباط بين العقوبة وبين الظروف الشخصية للمجرم بحيث تكون ثمة ملاءمة بين العقوبة التى يوقعها القاضى وبين هذه الظروف حتى تحقق العقوبة أهدافها . وذلك – كما قدمنا – هو الأساس الذى يرى أنصار نظرية الإصلاح أن تحدد على أساسه العقوبات – أو وسائل التقويم – التى ينطق بها القاضى فى كل حالة على حدة .(١٠٦)

وفى تأكيد الارتباط بين العقوبة وبين الظروف الشخصية للجانى يقول إمام الحرمين الجوينى – من أئمة الشافعية – « . . . فإذا فرض شخص من الجناة لايؤثر فيه التأديب اللائق بجنايته ردعاً والذى يؤثر فيه كالقتل ونحوه لايجوز أن يكون عقوبة لتلك الجناية فإن هذا الجانى يسقط تأديبه مطلقاً »(١٠٧)

أما فى نطاق العقوبات التعزيرية فإن الفقهاء المسلمين يجعلون لإصلاح الجانى بتوقيع العقوبة عليه المقام الأول بين أهداف العقاب . وسوف يأتى تفصيل ذلك فى موضعه من هذه الدراسة .

وهكذا نستطيع أن نقرر أن العقوبة فى نظر الفقهاء المسلمين ترمى إلى واحد من ثلاثة أهداف : توقيع جزاء على الجانى مقابل فعله ، أو منع ارتكاب مزيد من الجرائم سواء من الجانى نفسه أو من غيره من الأشخاص ، أوإصلاح الجانى وتقويم سلوكه بحيث لايعاود ارتكاب الجريمة مرة أخرى .

٢٧ – تسويغ العقوبة على أساس نظريات أخرى :

ولايفوتنا هنا أن نضيف أن بعض الباحثين فى علم العقاب يضيفون إلى النظريات الثلاث التى قدمنا الكلام عنها نظريات أخرى فى تسويغ العقاب . فمن ذلك تسويغ العقوبة على أساس فكرة حماية المجتمع Protection of Society وتبريرها على أساس فكرة التثقيف أو التربية Education(١٠٨) ومن ذلك أيضاً المناداة بإقامة العقاب عند تقديره وتقريره على أساس من فكرة العدالة Justice التى نادى بها الأستاذ Hart فى إنجلترا وعلى أساس فكرة إصلاح الضرر أو تعويضه التى طبقتها

---

(١٠٥) مالك ، المدونة ، ج ١٦ ، ص ٢٩٨ – ٣٠٥ وابن حزم ، المحلى ، ج ١١ ص ٣١٧ .

(١٠٦) انظر فى تفصيل ذلك Hall Williams, Ibid, P. 22. Lafave and Scott, op. cit. p. 25.

(١٠٧) القرافى ، الفروق ، ج ١ ص ٢١٣ .

(١٠٨) انظر Lafave and Scott, p. 22-23.

بعض التشريعات الحديثة فى بريطانيا ونيوزيلندة وبعض الولايات المتحدة الأمريكية .[١٠٩] ولاتزال هذه الأفكار – برغم تطبيق بعضها – لاتجد المكان الملائم لها بين نظريات العقاب فهى لاتزال أفكاراً نظرية وفلسفية أكثر منها مؤثرات عملية فى النظم الجنائية المعاصرة .

---

(١٠٩) Hall Williams, op. cit, pp. 296-302.

الفصل الثالث

أوليات إجرائية

٧ - حقوق الله وحقوق العباد
٨ - درء الحدود بالشبهات
٩ - التوبة والعفو

حقوق الله وحقوق العباد

يقسم الفقهاء المسلمون الأفعال التى ورد التكليف الشرعى بإتيانها أو بالمنع منها إلى ثلاثة أقسام : قسم هو حق خالص لله ، وقسم يشتمل على حق لله وحق للفرد ولكن حق الله فيه أغلب ، وقسم يشتمل على حق لله وحق للفرد وحق الفرد فيه أغلب .(١١٠) والمقصود بما وجب إتيانه أو الامتناع عنه باعتباره حقًّا لله كل فعل أو امتناع ترجع علة إيجابه أو النهى عنه إلى الجماعة أو إلى المصلحة العامة .(١١١) ويتضمن هذا النوع من الأفعال كل ما كان حقًّا خالصا لله أو ما كان مشتركاً فيه حق الله وحق الفرد وغلب حق الله على حق الفرد(١١٢) والمقصود بما وجب إتيانه أو الامتناع عنه لحق الفرد هو كل فعل أو امتناع ترجع علة إيجابه أو النهى عنه إلى تحقيق مصلحة شخصية لمستفيد منه من الأفراد(١١٣) .

وتترتب على هذا التقسيم للأفعال فى نطاق النظام الجنائى الإسلامى نتائج بعضها موضوعى وبعضها إجرائى ، فنعرض لكل منها فيما يلى ، ونمهد لذلك بتحديد مايعتبر من الجرائم اعتداء على حق الله ومايعتبر منها اعتداء على حق الفرد .

٢٨ - تقسيم الجرائم إلى اعتداء على حق الله واعتداء على حق الفرد :

من المتفق عليه أن جرائم الاعتداء على الأشخاص من قتل وضرب وجرح (وهى المعروفة فى الإصطلاح الجنائى الإسلامى بجرائم القصاص والدية) هى جرائم تقع اعتداء على حق الفرد المجنى عليه . وأن جرائم التعزير قد تقع اعتداء على حق الفرد أو على حق الله أى حق الجماعة وذلك بحسب اختلاف المصلحة التى يراد حمايتها بالعقاب على هذه الجرائم . أما جرائم الحدود (الجرائم التى حدد الشارع عقوباتها فى القرآن الكريم أو السنة النبوية) فإن الاتفاق قائم بين الفقهاء على اعتبارها تمثل

---

(١١٠) انظر فى هذا التقسيم بالتفصيل : الشاطبى ، الموافقات (بتحقيق الشيخ عبد الله دراز) جـ ٢ ص ٣١٨ - ٣٢٠ . وقارن عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى جـ ١ ، ص ٢٠٤ - ٢٠٦ .

(١١١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٣٣ و ٥٦ .

(١١٢) الشاطبى ، المرجع السابق ص ٣١٩ .

(١١٣) المرجع السابق ص ٣٢٠ .

اعتداء على حق الجماعة (أى حق الله) اللهم إلا جريمة القذف التى اختلف الفقهاء فى شأنها حول ما إذا كانت تعتبر اعتداء على حق للعبد أو حق لله ، أى حق للفرد أو حق للجماعة .

٢٩ – آراء الفقهاء فى تكييف جريمة القذف :

فى الفقه الإسلامى ثلاثة آراء فى شأن اعتبار جريمة القذف اعتداء على حق الله ، أو اعتداء على حق الفرد (وهو هنا المجنى عليه أى المقذوف) .

فيذهب الأحناف والظاهرية إلى أن القذف يشكل اعتداء على مصلحة عامة تتمثل فى حق كل عضو فى المجتمع فى حماية سمعته وعرضه من أن يوجه إليه اتهام ظالم بالخروج على واجبات الدين وإتيان محرماته .(١١٤)

ويذهب الشافعية والحنابلة إلى أن جريمة القذف تقع اعتداء على حق شخصى للمقذوف هو حقه فى صيانة سمعته من التهمة بالزنى(١١٥).

ويذهب المالكية إلى اعتبار جريمة القذف اعتداء على حق الفرد المقذوف قبل التقاضى ، أى قبل تحريك الدعوى الجنائية ضد القاذف ، ولكنهم لا يرون للمجنى عليه حقًّا بعد تحريك الدعوى الجنائية ، ويعتبرون توقيع العقوبة عندئذ حماية لحق الله (حق الجماعة) ولا شأن للمجنى عليه بها .(١١٦)

ومن الجدير بالبيان هنا أن الخلاف بين الفقهاء فى تكييف جريمة القذف باعتبارها اعتداء على حق للفرد أو حق للجماعة يرجع فى الواقع إلى الاختلاف فيما يراه أصحاب كل رأى أجدر بالحماية من المصالح التى يصيبها الاعتداء بارتكاب جريمة القذف . فيرى الأحناف أن تغليب حق الله يؤدى إلى حفظ حقوق الجماعة وحقوق الأفراد وتغليب حق الفرد قد يؤدى إلى إهدار حق الجماعة (فيما إذا عفا الفرد عن حقه أو تنازل عن الدعوى) .

ويغلب الشافعية والحنابلة حق الفرد لأنه أكثر حاجة إلى حمايته من حاجة الجماعة إلى حماية حقها . ومن ثم يجب ترك تقدير وسيلة هذه الحماية إليه . أما المالكية فيذهبون إلى أن حق الجماعة لايظهر إلا

---

(١١٤) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٥٦ وابن حزم ، المحلى ج ١١ ص ٢٨١ .

(١١٥) الهيتمى ، تحفة المحتاج ج ٧ ص ١٢٠ . وابن قدامة ، المغنى ج ٨ ص ٢١٧ – ٢١٧ .

(١١٦) الخرشى على مختصر خليل ، ج ٥ ص ٣٣٢ ، وحاشية المواق ج ٦ ص ٣٠٥ .

عند تحريك الدعوى الجنائية على الجاني أما قبل ذلك فالأمر مقصور على حق المجنى عليه ولا حق للجماعة . فإذا أقيمت الدعوى الجنائية وظهر بها حق الجماعة فإنه يتغلب على حق الأفراد(١١٧) .

٣٠ – النتائج الموضوعية للتفرقة بين حق الله وحق العبد :

لعل أهم النتائج الموضوعية التى تترتب على اعتبار جريمة ما اعتداء على حق للفرد أو حق للجماعة هى مدى جواز العفو فى تلك الجريمة . فكل جريمة غلب فيها جانب الاعتداء على حق الفرد على جانب الاعتداء على حق الجماعة كان للفرد المجنى عليه إسقاط حقه بالعفو عن الجانى وبذلك لا يجوز أن تمتد إلى الجانى يد السلطة العامة فى الدولة لاقتضاء ماينشأ عن الجريمة من حق فى العقاب .

وقد بلغ من تقدير جانب من الفقه الإسلامى لهذه النتيجة أن اتخذ منها معياراً للتفرقة بين حق الله وحق العبد ، وذهب هذا الرأى أيضاً إلى أن ماكان للعبد إسقاطه فهو حقه ، ومالم يكن له إسقاطه فهو حق الجماعة (أو حق الله) .(١١٨) ولعل الأصح هو جعل الإسقاط (أو تقرير حق العفو) نتيجة للتفرقة بين حق الفرد وحق الجماعة . ذلك أن الحق فى العفو لاينشأ إلا تابعاً لحق آخر هو رد الاعتداء أو اقتضاء العقوبة المترتب على الجريمة . فيتعين لذلك أن يكون معيار التفرقة هو الحق المعتدى عليه لا الحق الناشئ عنه من عفو أو اقتضاء عقاب(١١٩) .

ومن هنا كان اتفاق الفقهاء على جواز العفو عن الحق فى القصاص أو الدية ، وعن جرائم التعزير التى ترتكب إخلالا بحق فردى . واتفاقهم على عدم جواز العفو عن جرائم الحدود(١٢٠) .

والعفو الذى يتقرر فى الفقه الجنائى الإسلامى للمجنى عليه هو عفو عن العقوبة – أو عن حقه فى المطالبة القضائية باقتضائها – وليس عفواً عن الجريمة بحيث يمحو عن العمل المرتكب صفة السلوك غير المشروع أو يخلع عليه صفة العمل المباح .

وتقر النظم الجنائية الحديثة فكرة العفو فى صورتين إحداهما صورة العفو عن العقوبة والثانية صورة العفو العام أو الشامل . أما العفو عن العقوبة فيكون خاصًّا بشخص أو أشخاص معينين ويصدر بعد أن يكون القضاء قد قال كلمته فى شأن الفعل المنسوب إليهم وهو لا يؤثر على وصف الفعل بأنه جريمة

---

(١١٧) انظر المراجع المشار إليها فيا سلف من بيان رأى هذه المذاهب . وفى انتقاد الأساس الذى تبنى عليه بعض هذه الآراء انظر مايلى عند الكلام على عقوبة القذف فى الباب الثانى من هذا الكتاب .

(١١٨) القرافى ، الفروق ، ج ١ ص١٤١ .

(١١٩) الشاطبى ، الموافقات ج ٢ ص ٣٧٥ – ٣٧٨ .

(١٢٠) انظر المرجعين السابقين .

وإنما يقتصر أثره على الإعفاء من العقوبة أو تخفيفها .[١٢١]

وقد يرجع سبب إصدار العفو عن العقوبة إلى تدارك خطأ قضائى لم يعد ثمة سبيل لإصلاحه بالطرق العادية للطعن فى الأحكام ، أوإلى الرأفة بمن ثبت فى أثناء تنفيذ العقوبة عليه أنه جدير بالتسامح معه لزوال خطورته الإجرامية ، أو إلى إعمال قانون هو أصلح للمحكوم عليه لم يستطع الإفادة منه لصدور حكم بات بالعقوبة قبل صدوره[١٢٢] .

وتنص التشريعات عادة على أن يكون العفو عن العقوبة بقرار من الدولة ممثلة فى رئيسها ، ومن ذلك نص الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ م فى المادة ١٤٩ على أن «لرئيس الجمهورية حق العفو عن العقوبة أو تخفيفها ، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون ».

ومع ذلك فقد أجازت بعض قوانين العقوبات العربية صورة من صور العفو عن العقوبة وجعلت الحق فيه مقرراً لغير رئيس الدولة ، وذلك فى حالتين هما : حق الزوج فى العفو عن عقوبة الزوجة الزانية بعد صدور حكم بات بالعقوبة (م ٢٧٤ عقوبات مصرى و ١٩٧ جزاء كويتى) وحق المجنى عليه فى جرائم السرقة بين الأزواج أو بين الأصول والفروع فى العفو عن العقوبة (م ٣١٢ عقوبات مصرى و ٢٤١ جزاء كويتى) .

وعلى الرغم من تعبير التشريعات العربية سالفة الذكر عن هذا الحق بأنه حق فى « وقف تنفيذ العقوبة » فإن تكييفه الصحيح – فى نظرنا – هو أنه حق فى العفو عن العقوبة لا فى وقف تنفيذها . وذلك لأنه لاتترتب عليه آثار وقف التنفيذ المقررة فى هذه التشريعات والتى أهمها أن ينفذ الحكم المشمول بوقف التنفيذ إذا صدر حكم آخر خلال مدة معينة – يحددها القانون – على الشخص ذاته .[١٢٣] ومن المسلم به أن طلب الزوج – فى جريمة زنى الزوجة – أو المجنى عليه – فى جريمة السرقة – المشار إليها ، وقف تنفيذ الحكم لايترتب عليه أى من آثار وقف التنفيذ الذى تقرره المحكمة فى حكمها المشمول به وفق المادتين ٥٥ع مصرى و ٨٢ ج كويتى .

أما العفو الشامل (أو العفو عن الجريمة) فهو لايصدر عادة مقصوداً به شخص معين أو أشخاص معينون ، وإنما يكون عامًّا ومطلقاً لينصرف إلى فئة معينة من الجرائم أو الأشخاص ، وأكثر صور استعماله هى صورة العفو عن الجرائم السياسية وإن لم يكن هناك مايمنع من استعمال العفو الشامل

---

(١٢١) الأستاذ الدكتور محمد محيى الدين عوض ، القانون الجنائى ، إجراءاته فى التشريعين المصرى والسودانى ، طبعة ١٩٦٤ ، ج ١ ص ١٧٤ – ١٧٥ .

(١٢٢) الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ص ١١٨٥ – ١١٨٦ .

(١٢٣) راجع المواد ٢٧٤/ ٢ و ٣١٢ عقوبات مصرى و ١٩٧ و ٢٤١ جزاء كويتى وانظر فى وقف التنفيذ وآثاره الدكتور رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١١٦١ – ١١٦٣ .

بصدد جريمة بعينها وقعت من شخص معين[١٢٤] على أن جانباً من الفقه يرى أنه لايجوز إصدار عفو شامل فى غير حالات الانقلابات السياسية وما إليها دون ما يسمى « بالجرائم التقليدية » كجرائم الاعتداء على الأشخاص واختلاس الأموال . ويعلل ذلك «بأن المشرع لايملك أبداً إباحة الأفعال المستقرة فى الضمير الاجتماعى بوصفها جرائم »[١٢٥] .

ويقوم هذا الرأى – فى تقديرنا – على وزن صحيح لخطورة العفو الشامل باعتباره يمحو صفة الجريمة عن الأفعال التى صدر بشأنها فينتقل بها من نطاق الأفعال المجرمة بقانون العقوبات ، إلى نطاق الأفعال المباحة بنص القانون الذى قرر العفو الشامل . ومن ثم فإنه ليس صحيحاً – فى تقديرنا أيضاً – الرأى الذى يذهب إلى أن العفو الشامل هو بمثابة تنازل عن «حق الدولة الشخصى فى معاقبة مرتكب الجريمة »[١٢٦] وإنما يصح وصف العفو عن العقوبة أو تكييفه بأنه تنازل عن الحق فى معاقبة مرتكب الجريمة ، ولا يصح وصف العفو الشامل بذلك . إذ يتفق الجميع على أن العفو الشامل يزيل عن الفعل صفته الجنائية بأثر رجعى فيصبح مباحاً منذ وقوعه[١٢٧] وما كان مباحاً منذ وقوعه لايتصور العقاب عليه حتى يقال إن الدولة قد تنازلت عن حقها فى العقاب .

والعفو الشامل لايكون إلا بقانون تصدره السلطة التشريعية فى الدولة إذ أن من شأن العفو الشامل تعطيل نص القانون المقرر للجريمة والعقوبة (وهو غالباً قانون العقوبات) فى أحوال معينة ومن بدهيات علم القانون أن النص لاينسخه أو يعطل حكمه إلا نص فى مرتبته أو أعلى منه .

٣١ – مدى جواز نوعى العفو فى النظام الجنائى الإسلامى :

قدمنا أن أهم النتائج الموضوعية التى تترتب على اعتبار بعض الجرائم اعتداء على مصلحة فردية (أو حق العبد) أنه يجوز لمن أصابه الاعتداء بارتكاب الجريمة أن يسقط حقه فى اقتضاء العقوبة . ولا يجوز العفو – بنوعيه – فى جرائم الحدود وهى الجرائم التى يجمع الفقه الجنائى الإسلامى على أنها تعتبر اعتداء على حقوق الجماعة لا على حق فردى للمجنى عليه فيها .

---

(١٢٤) الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، حق الدولة فى العقاب ، بيروت ١٩٧١ . ص ١١٢ – ١١٤ حيث أشار إلى نصوص القوانين العربية التى تقرر العفو الشامل .

(١٢٥) الأستاذ الدكتور على راشد ، القانون الجنائى ، القاهرة ١٩٧٤ ، ط ٢ ، ص ٦٦٨ .

(١٢٦) أستاذنا الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ص ١١٢ .

(١٢٧) المراجع السابقة ، والدكتور محمد محيى الدين عوض ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ .

وعلى الرغم من جواز العفو عن العقوبة فى جرائم القصاص والدية (أى جرائم الاعتداء على الأشخاص) فإن العفو الشامل لايجوز فيها – فى ظل النظام الجنائى الإسلامى – إذ أن تجريم الفعل ليس من صنع السلطة التشريعية فى الدولة – وهى التى تملك العفو العام – وإنما هو من صنع الشريعة الإسلامية فى نصوص القرآن والسنة . وإذا كان العفو الشامل بحسب ماقدمنا يمحو عن الفعل وصفه الإجرامى منذ وقوعه ، ولا يكون إلا بنص مساو فى القوة للنص الذى خلع على ذلك الفعل وصف الجريمة ، فإنه لا يجوز – فى نظرنا – أن تتصدى السلطة التشريعية فى دولة إسلامية لمثل هذه الجرائم بإصدار قانون ينفى عنها صفة الجريمة . إذ أن من المسلم به أن النصوص القرآنية ونصوص الأحاديث النبوية لايجوز نسخها ولا تعديلها ولا مخالفة أحكامها .

والعفو الشامل لا يجوز أيضاً فى جرائم الحدود – كما لا يجوز العفو عن العقوبة – لأن أحدا لا يملك التدخل فى صدد النصوص المقررة لهذه الجرائم بتعديل أو إلغاء أو تخفيف . ويتفق رأينا هذا مع الرأى القائل – فى الفقه المصرى – بعدم جواز إصدار قانون عفو شامل عن الأفعال التى رسخ فى ضمير الجماعة واستقر اعتبارها جرائم(١٢٨) .

أما جرائم التعزير – فى الفقه الجنائى الإسلامى – فهى على نوعين : نوع ورد بشأنه فى القرآن أو السنة النص المقرر للتجريم – وإن لم تحدد له عقوبة معينة – ونوع يقرر تجريمه والعقاب عليه نص يصدر فى الدولة من السلطة المختصة.(يعبر الفقهاء عن ذلك بما يقرره ولى الأمر وهو اختصاص معقود فى العصر الحديث للسلطة التشريعية وحدها أو ما يقوم مقامها من سلطات يفوض إليها اختصاص التشريع فى حالات وحدود معينة) .

ومن أمثلة النوع الأول جرائم شرب الخمر ، والتعامل بالفوائد الربوية ، وشهادة الزور وجريمة الرشوة ، وجريمة خيانة الأمانة (عند من لا يعتبرها سرقة من الفقهاء) وجريمة السب (الذى لا يتضمن قذفاً بالزنى مما يعاقب عليه حدًّا) . وفى هذا النوع من الجرائم نرى أنه يجوز للدولة أن تتنازل عن اقتضاء حقها فى العقاب كلما كانت الجريمة تشكل اعتداء على حق للجماعة كالرشوة وشرب الخمر والتعامل الربوى ، كما يجوز للمعتدى عليه أن يعفو عن العقوبة فى الجرائم التى تتضمن اعتداء على حق شخصى له كالسب وخيانة الأمانة .

أما النوع الثانى من جرائم التعزير فمن أمثلته الجرائم الإقتصادية ، وجرائم إحراز وحمل الأسلحة والذخائر بدون ترخيص ، وجرائم مخالفة الإشتراطات الصحية أو اشتراطات الأمن والسلامة فى

---

(١٢٨) الأستاذ الدكتور على راشد ، المرجع السابق ، ص ٦٦٨ .

المحلات العامة أو التجارية أو الصناعية[١٢٩] وفى هذا النوع من الجرائم يجوز – فى نظرنا – ممارسة النوعين من العفو – فيجوز العفو عن العقوبة فقط كما يجوز العفو الشامل – وذلك لأن الجريمة هنا هى من صنع السلطة التشريعية التى قررت اعتبار فعل ما مخالفاً للقانون ورتبت عليه عقوبة معينة . فتملك هذه السلطة ذاتها أن تنفى عن ذات الفعل – متى شاءت – وصف الجريمة ، وأن تتنازل عن حق المجتمع الذى تمثله فى اقتضاء العقوبة عن هذه الأفعال .

وخلاصة ما تقدم أن التفرقة بين ما يتضمن من الجرائم اعتداء على حق الجماعة وما يتضمن اعتداء على حق الفرد يترتب عليها آثار موضوعية يبدو أهمها فى مدى جواز العفو عن العقوبة أو مدى جواز العفو الشامل (عن الجريمة) . وقد رتب الفقهاء على هذه التفرقة حقاً للمعتدى عليه فى النوع الثانى من الجرائم فى التنازل عن حقه فى اقتضاء العقاب ، على حين يمتنع ذلك فى النوع الأول . وقد فرقنا فى مجال جرائم التعزير بين التعزير على جريمة ورد نص التجريم بشأنها فى المصدرين الرئيسيين للشريعة الإسلامية (القرآن والسنة) فلم نر جائزاً فى هذه الجرائم سوى العفو عن العقوبة دون العفو الشامل . وبين جرائم التعزير التى يكون مصدر التجريم فيها قانوناً (أو قراراً) تصدره السلطة المختصة فى الدولة ، فأجزنا فيها العفو بنوعيه ، عن الجريمة وعن العقوبة .

وإذا كانت النظم الجنائية الحديثة تعرف نظام العفو الشامل – أكثر ما تعرفه – فى صدد الجرائم السياسية ، فإننا نرى جواز مثل ذلك العفو فى ظل النظام الجنائى الإسلامى ، لما سوف نبينه ، من بعد ، من أن الجرائم السياسية ليست فى الشريعة الإسلامية من الجرائم النصية ، إذ لم يرد بتجريمها نص فى القرآن أو السنة ، فهى – حين يتقرر العقاب عليها فى دولة إسلامية – من قبيل جرائم التعزير التى يعاقب عليها عندما يصدر بتجريمها وتحديد العقاب عليها نص من السلطة المختصة فى الدولة . فينسحب عليها ما قررناه بشأن النوع الثانى من أنواع جرائم التعزير .

٣٢– النتائج الإجرائية للتفرقة بين جرائم الاعتداء على حق الله والإعتداء على حق الفرد :

يترتب على التفرقة بين صور السلوك المجرم بالنظر إلى الحق المعتدى عليه آثار إجرائية تتعلق بالدعوى الجنائية . فكل اعتداء على حق للجماعة (أى حق الله) يكون حق تحريك الدعوى الجنائية فيه إلى

---

(١٢٩) يسميها الأستاذ الدكتور على راشد «الجرائم القانونية الصرف» ص ١٧ – ١٨ من المرجع السابق . وهو يرى ضرورة التفرقة فى دراسة القانون الجنائى ونظرياته العامة بين الإجرام التلقائى (وهو ارتكاب الأفعال التى استقر فى ضمير الجماعة منذ نشأتها اعتبارها جرائم) والإجرام القانونى (وهو ارتكاب أفعال يضفى عليها النص القانونى وحده وصف الجريمة دون أن يكون هذا الوصف ملازماً لها فى ضمير الجماعة) .

الدولة ، أو السلطة المختصة فيها (ويعبر الفقهاء عن ذلك بأن استيفاء العقوبة فيها إلى الإمام) وليس للمجنى عليه فى هذه الجرائم أن يتدخل فى مرحلة الدعوى الجنائية لا بتحريكها ولا بالادعاء فيها ، وإنما تتولى ذلك السلطة المختصة فى الدولة وحدها دون غيرها. وإذا ترتب للمجنى عليه فى هذه الجرائم حق فى الاسترداد أو التعويض كان له الادعاء به دون أن يمس ذلك الدعوى الجنائية إيجاباً أو سلباً (كما فى جرائم السرقة مثلاً حيث ينشأ عنها حق فى عقوبة مرتكبها ، وحق للمجنى عليه فى استرداد ماله أو التعويض عنه على اختلاف فى التفاصيل بين المذاهب الفقهيه الإسلامية) .

وتقابل هذه الجرائم فى الفقه الجنائى الإسلامى الجرائم التى يترتب عليها ، فى النظم الجنائية الحديثة ، حق غير مقيد للدولة فى اقتضاء العقاب . حيث يستقل أشخاص حددهم القانون بالقيام بكافة أعمال التحقق من وقوع الجريمة ، والمحاكمة والادعاء ، وإصدار الحكم فى الدعوى دون ما تدخل من المجنى عليه أو من هو فى حكم المجنى عليه[١٣٠].

أما الجرائم التى يعتبر وقوعها – فى الفقه جنائى الإسلامى – اعتداء على حق للفرد فإن الدعوى الجنائية عنها لا يجوز أن تقام على الجانى إلا إذا طلب ذلك المجنى عليه فى هذه الجرائم.

فجرائم الاعتداء على الأشخاص (أو جرائم القصاص والدية) وجرائم القذف (عند من يرى فى القذف اعتداء على حق فردى للمقذوف) وجرائم التعزير التى تعتبر اعتداء على حق للعبد ، كل هذه الجرائم لا يجوز فيها أن تتدخل السلطة العامة فى الدولة أو المختصة فيها بالتحقق من وقوع الجرائم أو إجراء المحاكمة عنها ، إلا بعد أن يطلب المجنى عليه ذلك ، (ويلاحظ أن طلب المجنى عليه يقتصر أثره على تحريك الدعوى الجنائية ، أما الحكم فيها فهو خاضع لما تثبته الأدلة لدى المحكمة) .

وطلب المجنى عليه تحريك الدعوى الجنائية هو ما تعرفه النظم الجنائية الحديثة بحق الشكوى أو بتوقف تحريك الدعوى الجنائية على شكوى من المجنى عليه . وتعتبر الجرائم التى يتوقف فيها تحريك الدعوى الجنائية على شكوى من المجنى عليه نوعاً من الجرائم التى ينشأ عنها حق مقيد للدولة فى اقتضاء العقاب ، ويوجد إلى جانبها نوعان آخران هما الجرائم التى يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على طلب من جهة معينة (تعتبر فى حكم المجنى عليه) أو على إذن من جهة معينة هى التى ينتمى إليها

---

(١٣٠) راجع بتفصيل واف ، مؤلف أستاذنا الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، حق الدولة فى العقاب ، المبحث الثانى ص ١٨٢ – ٢٤٨ .

مرتكب الجريمة[١٣١].

والشكوى – فى فقه الإجراءات الجنائية الحديث – هى «بوح من جانب المجنى عليه أو من يقوم مقامه ، لشخص إجرائى مختص ، يتضمن إحاطة الأخير علماً بوقوع إحدى الجرائم التى يتوقف فيها اقتضاء النيابة العامة لحق الدولة فى العقاب على شكوى ، وانصراف إرادته الباتة إلى إزالة العائق الإجرائى الذى يعترض إجراءات الاقتضاء هذه»[١٣٢].

والطلب كالشكوى من حيث المضمون ، ولكنه يختلف عنها فى أنه يصدر «من جهة عامة قد تعتبر فى حكم المجنى عليه ، وقد تكون قوامة على رعاية مصلحة أو مال معينين للدولة»[١٣٣].

أما الإذن فهو «تنازل من جانب هيئة عامة عن التمسك بالحصانة الإجرائية المقررة لمن ينتمى إليها من الأفراد ، من شأنه أن يزيل العقبة الإجرائية التى تعترض إجراءات اقتضاء النيابة العامة لحق الدولة فى معاقبة متهم ينتمى إلى الهيئة المذكورة»[١٣٤].

وتقييد سلطة اقتضاء الدولة لحقها فى العقاب بسبق صدور طلب من جهة معينة مرجعه أن تلك الجهة أقدر على تقدير مدى ملاءمة اقتضاء الدولة لهذا الحق ، وقد يكون مرجع ذلك التقدير مساس الجريمة بالعلاقات بين الدولة التى تقع فيها الجريمة ودولة أجنبية (كما فى الجرائم المنصوص عليها فى المادتين ١٨١ و ١٨٢ من قانون العقوبات المصرى) أو مساسها بشخص ذى حصانة معينة يفضل معها ترك أمر رفع الدعوى الجنائية أو عدم رفعها لتقدير الجهة التى يتبعها (كما فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة ١٨٤ من قانون العقوبات المصرى) أو مساس الجريمة بمصلحة مالية معينة للدولة تقوم على رعايتها جهة حكومية معينة تكون بالتالى أقدر من سواها على تقدير مدى تحقيق العقاب لهذه المصلحة أو تفويته لها[١٣٥].

---

(١٣١) راجع فى ذلك تفصيلا ، الدكتور عبد الفتاح الصيفى . المرجع السابق . ص ٢٤٩ – ٢٥١ والدكتور محمد محيى الدين عوض ، المرجع السابق ص ٥٠ – ٥١ والدكتور رءوف عبيد . مبادىء الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى . ط ١١ . القاهرة ١٩٧٦ ، ص ٦٤ – ٦٥ . وفى المرجع الأول (ص٢٦٢ – ٢٦٤) عرض لموقف التشريعات الجنائية العربية من تقييد تحريك الدعوى الجنائية بشكوى المجنى عليه ولاضطراب تلك التشريعات فى استعمال مصطلحات الشكوى والطلب والبلاغ والإذن .

(١٣٢) الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٢٦٤ وقارن : الدكتور رءوف عبيد ، ص ٦٧ والدكتور محمد محيى الدين عوض : ص ٥٣ .

(١٣٣) الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق . وقارن الأستاذ الدكتور أحمد محمد إبراهيم ، قانون الإجراءات الجنائية ، القاهرة ١٩٦٥ ، ص ١٥ – ١٦

(١٣٤) انظر المرجعين السابقين وقد استخدمنا بالمتن تعريف الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، وقارن : الدكتور محمد محيى الدين عوض ، ص ١٢٠ ، والدكتور رءوف عبيد ، ص ٨٦ ، ٨٨ .

(١٣٥) الدكتور رءوف عبيد ، ص ٨٣ – ٨٦ . والدكتور محمد محيى الدين عوض ، ص ١٢١ .

أما تقييد سلطة اقتضاء الدولة لحقها فى العقاب بصدور شكوى من المجنى عليه فعلته تغليب المصلحة الخاصة لهذا الأخير على المصلحة العامة التى تقوم الدولة على تمثيلها ورعايتها .

ويتبين من ذلك أن ما قرره الفقه الجنائى الإسلامى من تقييد الحق فى مباشرة الدعوى الجنائية بشكوى يقدمها المجنى عليه إلى السلطة المختصة ، يقابل ما تورده النظم الإجرائية الجنائية المعاصرة من تقييد اقتضاء حق الدولة فى العقاب بسبق تقديم شكوى من المجنى عليه أو وكيله إلى الشخص الإجرائى المختص . مع ملاحظة اختلاف الجرائم التى يشترط فيها تقديم الشكوى فى النظم الإجرائية الحديثة عن الجرائم التى يشترط فيها تقديم الشكوى فى الفقه الإسلامى ، ومرجع هذا الاختلاف هو الخلاف فى تكييف الجريمة بالنظر إلى الحق المعتدى عليه ، أو الخلاف فى تحديد المصلحة المراد حمايتها بنص التجريم وهل هى مصلحة عامة أم مصلحة خاصة . وعلى الرغم من وجود هذا الخلاف وما يترتب عليه ، فإن أساس اشتراط قيد الشكوى فى النظم الحديثة والفقه الإسلامى هو أساس واحد . وهو – كما قدمنا – تغليب المصلحة الخاصة ، للمعتدى عليه ، حيث تشترط الشكوى على المصلحة العامة . أوكون الاعتداء (بلغة الفقه الجنائى الإسلامى) قد وقع على حق للفرد وليس على حق للجماعة .

أما قيدا الإذن والطلب اللذين يشترطان فى النظم الإجرائية الجنائية الحديثة بالنسبة لبعض الجرائم فإنهما لا مقابل لهما فى الفقه الجنائى الإسلامى . على أنه مما تجدر ملاحظته أن الجرائم التى يشترط فيها الإذن أو الطلب لاقتضاء حق الدولة فى العقاب هى فى مجموعها من جرائم التعزير التى تركت فيها الشريعة الإسلامية سلطة تفويضية للحاكم . أو – بتعبير أصح – للسلطة المختصة فى الدولة لوضع قواعد التجريم والعقاب . ومما تجدر ملاحظته – كذلك – أنه فيما عدا العدد القليل من القواعد الإجرائية التى ورد بشأنها نص فى القرآن الكريم أو السنة النبوية ، فإن المسائل الإجرائية كلها تدخل فى عداد الأمور الاجتهادية التى يجوز فى شأنها أن تصدر السلطة المختصة فى الدولة ما تراه ملائماً من أحكام تنظمها أو قواعد تحدد كيفية مباشرتها والآثار التى تترتب عليها .

وفى ذلك يقول ابن قيم الجوزية : «فإن الله سبحانه أرسل رسله ، وأنزل كتبه ، ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذى قامت به الأرض والسماوات . فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان : فثم شرع الله ودينه . والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشىء ، ثم ينفى ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة ، فلا يجعله منها ،

---

(١٣٦) الدكتور محمد محى الدين عوض ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ هامش (١) والدكتور عبد الفتاح الصيفى المرجع السابق ، ص ٢٨١ . وقد أوردت المراجع المشار إليها فى هذا الموضوع تعدادا حصريا للجرائم التى يتطلب القانون فيها شكوى المجنى عليه فى القانون المصرى (المراجع كلها) والتشريع السودانى (الدكتور عوض) والتشريعات العربية والقانون الإيطالى (الدكتور الصيفى) .

ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها . بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين وليست مخالفة له . »[١٣٧].

ومؤدى هذا الكلام هو ما قدمناه من مرونة القواعد الإجرائية الجنائية – وغير الجنائية – فى النظام الجنائى الإسلامى وخضوعها لما تقتضيه المصلحة التى تتقرر هذه القواعد لحمايتها . وليست القاعدة الإجرائية الجنائية إلا الطريق « التى تكفل للدولة حقها فى القصاص من المجرم . . وذلك بغير إخلال بالضمانات الجوهرية التى تمكن البرىء من إثبات براءته »[١٣٨] فهى إذن – كما عبر ابن قيم الجوزية – طريق لاستخراج العدل والحق ، وماكان هذا شأنه فإنه بطبيعته – كما استنتج بحق ذلك الفقيه – يتأبىّ على الجمود ، ويستلزم المرونة ، ولا يتصور فى شأنه الوقوف عند نمط واحد معين مع إهمال أنماط أخرى قد تكون مثيلة له أو أقوى منه فى تحقيق الهدف الذى تقررت من أجله .

وإذا كان الفارق الإجرائى المتمثل فى وجود قيد على اقتضاء الحق فى العقاب هو أهم الفوارق الإجرائية المترتبة على تقسيم الجرائم إلى اعتداء على حق للجماعة واعتداء على حق للفرد ، فإن ثمة فارق آخر مترّتب على هذا التقسيم يتمثل فى حق ورثة المجنى عليه فى الجرائم التى تعتبر اعتداء على حق الفرد فى إرث حق المخاصمة أو حق تحريك الدعوى الجنائية عند وفاة مورثهم .

فكل جريمة يعتبر الاعتداء فيها واقعاً على حق للفرد يرث عنه ورثته ماكان له من حق فى تحريك الدعوى الجنائية عن هذه الجريمة . ويتفق الفقهاء فى هذا الصدد فيما يتعلق بجرائم القصاص والدية (جرائم الاعتداء على الأشخاص) ويذهب إليه القائلون بأن جريمة القذف تتضمن اعتداء على حق للعبد أقوى من الاعتداء على حق للجماعة[١٣٩] . ويمكننا أيضاً أن نضيف جرائم التعزير التى تقع اعتداء على حق فردى ، فإن الورثة – فى رأينا – يرثون عن المجنى عليه حق تحريك الدعوى الجنائية عن هذه الجرائم .

أما الجرائم التى تعتبر اعتداء على حق للجماعة (أو حق لله) فإن هذا الفرض فى شأنها غير وارد ، إذ لا يتصور انقضاء حياة الجماعة ، وحتى إذا توفى الشخص المعين الذى كان يباشر الدعوى الجنائية فيها (القاضى أو ممثل الادعاء) فإن الحق فى العقاب لا ينقضى لأنه غير مرتبط بشخص معين بذاته ،

(١٣٧) ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، القاهرة ١٩٦١ ص ١٦ – ١٧ . وانظر أيضاً : فتحى عثمان ، الفكر القانونى الإسلامى القاهرة (بدون تاريخ) ص ٣٠٣ .

(١٣٨) الأستاذ الدكتور محمد محيي الدين عوض ، المصدر السابق ، ص ٥ حيث ينقل عن المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات الجنائية المصرى . وبتفصيل أكثر انظر الدكتور رءوف عبيد ، المصدر السابق ص ٥ – ٦ .

(١٣٩) انظر المراجع التى أشرنا إليها بصددالكلام عن تكييف جريمة القذف .

وإنما هو مرتبط بصفته كممثل للدولة يباشر عنها بعض حقوقها أو يستعمل عنها بعض سلطاتها .

ولا تعرف النظم الجنائية الحديثة إرث حق المخاصمة أو الحق فى تحريك الدعوى حتى فى الجرائم التى يغلّب فيها جانب حماية المصلحة الخاصة على المصلحة العامة وهى جرائم الشكوى . إذ ينقضى الحق فى الشكوى بوفاة المجنى عليه ولا يجوز لأحد تحريكها بعد وفاته ولو كان من ورثته . ومع ذلك لا تنقضى الدعوى الجنائية بوفاة الشاكى ما دامت إجراءاتها قد بدأت بتقديم الشكوى فعلاً(١٤٠) .

ويرد على هذه القاعدة فى بعض النظم الإجرائية الحديثة استثناء يتعلق بجريمة الزنى التى تقع من أحد الزوجين . فقد نصت المادة ١٠/٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى على أنه «إذا توفى الشاكى فلا ينتقل حقه فى التنازل إلى ورثته إلا فى دعوى الزنى ، فلكل واحد من أولاد الزوج الشاكى من الزوج المشكو منه أن يتنازل عن الشكوى وتنقضى الدعوى» .

وقد عللت لجنة قانون الإجراءات الجنائية بمجلس الشيوخ حكم هذه المادة بأن «وفاة الشاكى بعد رفع الدعوى لا تأثير لها على سيرها . ولكن اللجنة رأت استثناء جريمة الزنى ، وتقرير وجوب انتقال حق الشاكى فى التنازل عن الشكوى إلى كل من أولاد الزوج المشكو منه ، لأنه قد روعى أن صدور الحكم يمس الأولاد كما يمس الزوج وقد يهمهم منع صدوره كما كان يهمه»(١٤١) .

ويكفى فى حكم هذه المادة أن يتنازل واحد فقط من الأولاد كى تنقضى الدعوى الجنائية . وقد علل ذلك بالتوسع فى الستر والرغبة فى منع الفضيحة قبل تسجيلها بحكم نهائى(١٤٢) .

ويبدو من ذلك أن الحق الذى ينتقل إلى الورثة بوفاة مورثهم هو الحق السلبى فقط – إن صح التعبير – أى الحق فى وقف السير فى إجراءات الدعوى ، على حين لا يرثون الحق الإيجابى وهو الحق فى الشكوى ذاته . وهذا وجه من أوجه الفرق بين ما يقرره الفقه الإسلامى فى إرث الحق فى تحريك الدعوى الجنائية عن الجرائم التى تمس حقاً فرديًا وبين ما يقرره القانون المصرى فى صدد جريمة زنى الزوج .

ووجه ثان يتعلق بالجريمة ذاتها فجريمة الزنا فى الشريعة الإسلامية ليست من جرائم الاعتداء على حقوق الأفراد ، بل هى من جرائم الحدود التى تعتبر اعتداء على حق لله لا يجوز التنازل عنه ويدخل اقتضاء العقاب عن هذه الجريمة فى الشريعة الإسلامية فى إطار الاقتضاء غير المقيد ، فلا تلزم فيه الشكوى ، ولا يجوز عنه العفو .

---

(١٤٠) رءوف عبيد ، المصدر السابق ، ص ٧٠ . ومحمد محيى الدين عوض ، المرجع السابق ص ٥٦ ، ٥٩ .

(١٤١) راجع مؤلف الدكتور رءوف عبيد السابق ذكره ، ص ٨٠ ومنه نقلنا النص الوارد فى المتن .

(١٤٢) المرجع السابق .

والوجه الثالث من وجوه الفرق بين ما يقرره الفقه الإسلامى وما يقرره القانون المصرى فى هذا الصدد هو المتعلق بمن ينتقل إليه الحق عند وفاة صاحبه الأصلى ، ففى الفقه الإسلامى لا يتقيد إرث الحق فى الشكوى بالأولاد المباشرين ، وإنما يمتد ليشمل الورثة الشرعيين جميعاً . على حين قصر القانون المصرى إرث حق التنازل عن الشكوى على الأولاد المباشرين فقط لكلا الزوجين .

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة الفروق الإجرائية بين الجرائم التى يصيب الاعتداء فيها حقًّا فرديًّا ، وتلك التى يصيب الاعتداء فيها حقًّا للجماعة مع مقارنة ما تقرر من ذلك فى الفقه الإسلامى بما تقضى به النظم الإجرائية الجنائية الحديثة . كما بينا من قبل الفروق الموضوعية بين نوعى الجرائم ، والأساس الذى يتم بالنظر إليه تقسيم الجرائم إلى هذين النوعين .

درء الحدود بالشبهات

قاعدة درء الحدود بالشبهات قاعدة فقهية مؤداها أنه حيث قامت لدى القاضى شبهة فى ثبوت ارتكاب الجريمة الموجبة لعقوبة من عقوبات الحدود وجب عليه ألا يحكم على المتهم بعقوبة الحد . وقد يجوز مع ذلك الحكم على المتهم بعقوبة تعزيرية فى حالات معينة ، فالشبهة كما تؤدى إلى الحكم ببراءة المتهم مما أسند إليه ، قد تؤدى إلى تغيير وصف التهمة بحيث يدان المتهم فى جريمة أخرى غير التى رفعت عليه الدعوى عنها . فإذا تخلف شرط الحرز فى السرقة أو شرط النصاب فإنه لا يجوز للقاضى أن يحكم على الجانى بقطع اليد – وهى عقوبة الحد – وإذا تخلف شرط الإحصان فى القذف فلا يجوز أن يحكم على الجانى بالجلد ثمانين جلدة – وهى حد القذف – وإنما يعزر بعقوبة أخرى . أما إذا تعارضت فى الفعل المنسوب إلى المتهم أدلة التحريم والتحليل ، أو لم تكن البينات المقدمة فى الدعوى الجنائية كافية لاقتناع القاضى بثبوت الجريمة ، فإنه يتعين القضاء ببراءة المتهم ولا يجوز عندئذ أن يعاقب ولو تعزيراً .

والقاعدة الموجبة لدرء عقوبة الحد بالشبهة تتصل أوثق اتصال بقاعدة افتراض البراءة التى قررتها الشريعة الإسلامية فى الناحيتين المدنية والجنائية ، والتى تأخذ بها النظم الجنائية الحديثة بوجه عام . وتتصل أيضاً بقاعدة وجوب تفسير الشك لمصلحة المتهم وهى القاعدة التى تأخذ بها النظم الجنائية الحديثة كذلك .

والفقه الجنائى الإسلامى يجرى على إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات فى جرائم الحدود وجرائم القصاص دون جرائم التعزير ، وهذا الذى جرى عليه الفقه الجنائى الإسلامى يحتاج إلى مناقشة فى ضوء قواعد العدالة الجنائية وما يتصل منها – على وجه الخصوص – بالقاعدة التى نحن بصددها .

ونناقش فيما يلى كون القاعدة قاعدة فقهية لا نصية ، واتصالها بقاعدتى افتراض البراءة وتفسير الشك لصالح المتهم ، ومدى جواز إعمالها فى الجرائم التعزيرية .

٣٣ – قاعدة فقهية لا نصية :

يذهب الرأى السائد فى المدونات الفقهية الإسلامية وفى البحوث الحديثة إلى اعتبار قاعدة درء الحدود بالشبهات قاعدة نصية ، فيرجعها أصحاب هذا الرأى إلى حديث يروى منسوباً إلى الرسول

ﷺ نصه «إدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام إن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة» . وقد روى هذا الحديث عن عائشة رضى الله عنها موقوفاً عليها – أى منسوباً إليها – ومرفوعاً إلى الرسول – أى من روايتها عنه ﷺ . وقال فيه الإمام الترمذى «إن الموقوف أصح من المرفوع»(١٤٣) .

وروى بلفظ آخر عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن رسول الله قال «ادرءوا الحدود» . وفى سند هذه الرواية راو ضعيف ، ومن ثم فهى لا تصلح للاحتجاج بها(١٤٤) .

وروى عن أبى هريرة رضى الله عنه «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً» وفى سند هذا الحديث أيضاً راو ضعيف وهو لذلك لا يحتج به(١٤٥) .

وقد رويت عبارات تفيد المعنى ذاته عن عدد من الصحابة ، ولكنها كلها غير ثابتة من جهة السند حتى قال فيها الإمام ابن حزم الظاهرى «قد جاء (أى درء الحدود بالشبهات) من طرق ليس فيها عن النبى ﷺ نص ولا كلمة ، وإنما هى عن بعض الصحابة من طرق كلها لا خير فيها»(١٤٦) وأقر الشوكانى أن كل ما جاء فى هذا الموضوع من النصوص فيه «مقال»(١٤٧) وهى كلمة تعنى أنه لا يصح سنده بالدرجة التى يجوز معها الاحتجاج به .

وإذا كانت النصوص المروية فى إثبات قاعدة درء الحدود بالشبهات غير ثابتة السند فإنه لا يصح أن تنسب القاعدة إلى الرسول ﷺ(١٤٨) وإنما تعتبر قاعدة فقهية لذهاب جمهور العلماء إلى الأخذ بها وجعلهم إياها جزءاً لا ينفصل عن نظام الإثبات الجنائى على النحو المفصل فى كتب الفقه فى المذاهب المختلفة . وقد تنبه إلى هذا المعنى بعض أفذاذ الفقهاء فقرروا أن مستند القاعدة هو إجماع الفقهاء على إقامة الحد عند انعدام الشبهة ، وجعلوا إجماع الفقهاء على إقامة الحد فى صورة معينة دليلاً

---

(١٤٣) جامع الترمذى مع شرحه تحفة الأحوذى ج ٢ ص ٣١٨ .

(١٤٤) الزيلعى ، نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية ، ج ٣ ص ٣٠٩ . وهو من رواية مختار التمار .

(١٤٥) سنن ابن ماجة بتحقيق محمد فؤاد عبد الباق ج ٢ ص ٨٥٠ الحديث رقم ٢٥٤٥ . وهو من رواية إبراهيم بن الفضل المخزومى .

(١٤٦) ابن حزم ، المحلى ، ج ١١ ص ١٥٣ – ١٥٤ .

(١٤٧) الشوكانى نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١١٧ .

(١٤٨) فعل ذلك الباحثون الذين شاركوا فى أسبوع الفقه الإسلامى الخامس بالرياض (نوفمبر ١٩٧٧) ومنهم الشيخ زكريا البرى أستاذ الشريعة بجامعة القاهرة ، والشيخ عبد الله العلى الركبان المدرس بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض ، والأستاذ الدكتور محمد محيى الدين عوض ، والأستاذ الدكتور محمود مصطفى . ومن الطريف أن الأستاذ المستشار إبراهيم القليوبى النائب العام المصرى يقول فى بحثه المقدم لهذا المؤتمر «إن جمهور الفقهاء يصححون الحديث لقوة سنده» والصحيح أنه ليس للحديث سند صحيح !!

على عدم وجود شبهة فى هذه الصورة ، وما لم يكن هناك إجماع على إقامة الحد فيه فهو موضع شبهة (١٤٩) .

وإذ تبين أن القاعدة فقهية لا نصية ، فإنه لا حرج على من لم يأخذ بها من الفقهاء - كما فعل ابن حزم الظاهرى - ما دام لا يقول بإثبات الحد مع وجود الشبهة ، ويكون النعى عليه فى هذا الخصوص نعياً فى غير محله خاصة وهو يتررر «أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا أن تقام بشبهة ، وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد . فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول رسول الله ﷺ : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام . وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهة لقول الله تعالى : تلك حدود الله فلا تعتدوها» .

وبيّن مما سلف أن ابن حزم وإن أنكر القاعدة بالصياغة التى يتداولها بها الفقهاء ، فإنه لا يخالف فى مؤداها وهو عدم جواز إقامة الحد - أى توقيع العقوبة أو الحكم بها - حيث لم يثبت ارتكاب الجريمة . ووجوب إقامة الحد كلما ثبت لدى القاضى إرتكاب الجريمة الموجبة له . وليس لما ذهب إليه ابن حزم فى الفرضين - فيما نعلم - مخالف من علماء الإسلام . ومذهبه فى الفرض الأول مطابق لمعنى القاعدة ، وإن أنكر - أو استنكر - لفظها .

٣٤- مضمون قاعدة درء الحدود بالشبهات وأساسها :

بقدر ما تشددت الشريعة الإسلامية فى العقوبات التى فرضتها لجرائم الحدود ، بقدر ما حرصت على التضييق من نطاق توقيع هذه العقوبات . ويبدو هذا الحرص جليًّا فى الشروط الخاصة للإثبات التى تتطلبها الشريعة الإسلامية ، كما يبدو فى الندب إلى ستر الذنوب وعدم التطوع بالإبلاغ عنها أو الإقرار بها . فاشتراط شاهدين فى معظم الجرائم وأربعة شهود فى جريمة الزنى ، واشتراط أن تكون الشهادة شهادة معاينة لا شهادة سماعية ، وأن تكون ألفاظها صريحة وقاطعة فى الدلالة على المشهود به . واشتراط عدالة الشهود وعدم تأخرهم بلا سبب عن أداء الشهادة ، واستمرارهم عليها ، كل ذلك يضيق بلا شك من نطاق الإثبات فى الجرائم التى تعاقب عليها الشريعة الإسلامية . ولكل

---

(١٤٩) القرافى ، الفروق ، ج ٤ ص ١٧٤ .

(١٥٠) المحلى ، الموضع السابق . وقارن بحث الشيخ عبد الله العلى الركبان المقدم لأسبوع الفقه الإسلامى الخامس بالرياض ، ص ٥ و ٦ وهو يقول إنه قد وردت أحاديث وآثار غاية فى الصحة تؤيد الأخذ بمبدأ درء الحدود بالشبهات ، ويستشهد لذلك بحديث عن توبة الجانى أو رجوعه عن إقراره بعد الحكم عليه والبدء فى تنفيذه ، وهو - كما هو ظاهر - فى موضوع لا علاقة له بموضوع البحث هنا .

من هذه الاشتراطات سند من النصوص أو من فقه النصوص. وتطبيقات لا تكاد تحصى من عمل فقهاء الصحابة رضى الله عنهم وقضاتهم وولاتهم.

والندب إلى الستر على الذنوب وعدم الإقرار بها أو الإبلاغ عنها مقرر بأحاديث متعددة لرسول الله ﷺ، فقد حث الرسول ﷺ على الستر على الناس ورغب فيه فقال «لا يستر عبد عبداً فى الدنيا إلا ستره الله يوم القيامة»(١٥١) وقال ﷺ للذى أشار على ماعز أن يأتى رسول الله ويعترف لديه بالزنى ليطهره بإقامة الحد عليه «يا هزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك»(١٥٢) وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً «... من أصاب من هذه القاذورات شيئاً، فليستتر بستر الله فإنه من يبدى لنا صفحته نقم عليه كتاب الله»(١٥٣).

وقد تأكد ذلك الحرص على التضييق من نطاق إقامة الحدود (أى توقيع العقوبات) فى الاتجاه الفقهى السائد الذى يأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات، تلك القاعدة التى مضمونها ألا يقام الحد (أى ألا توقع العقوبة) إلا إذا ثبت بيقين ارتكاب المتهم للجريمة المنسوبة إليه.

وترسم الشريعة الإسلامية طرقاً معينة للإثبات يتقيد القاضى بها فلا يجوز له أن يقضى بالعقوبة المقررة شرعاً إلا إذا توافرت له أدلة الإثبات التى تتطلبها الشريعة. ويقرب بعض فقهاء القانون المعاصرين بين نظام الإثبات فى الشريعة الإسلامية وبين نظام الأدلة القانونية الذى عرفته الشرائع القديمة(١٥٤). وفى تقديرنا – وهذا محض اجتهاد من جانبنا – أن اشتراط طرق معينة للإثبات فى الشريعة الإسلامية إنما هو قيد مقرر لمصلحة المتهم، وموجه أساساً إلى القاضى، بحيث لا يجوز له أن يقبل فى الإثبات ما هو أدنى فى الدلالة على ثبوت نسبة الجريمة إلى المتهم من هذه الطرق. ولكن القاضى يلتزم فى الوقت ذاته بألا يكون دوره شكليًا أو آليًا بحتاً بحيث يقضى بالإدانة والعقوبة بمجرد أن تقوم لديه بينة مما حددته الشريعة الإسلامية، وإنما على القاضى أن يزن الدليل بميزان ضميره بحيث لا يقضى بالإدانة إلا وقد ثبت لديه يقيناً ارتكاب المتهم للجريمة.

أما حين تتخلف الأدلة التى اشترطت الشريعة توافرها فإن القاضى لا يجوز له أن يقضى بالعقوبة

---

(١٥١) صحيح مسلم، بشرح الإمام النووى، ج ١٦ ص ١٤٣ (طبعة القاهرة عام ١٣٤٩هـ).

(١٥٢) رواه مالك فى الموطأ، انظر طبعة محمد فؤاد عبد الباقى، ص ٥١٣ (كتاب الحدود، الحديث رقم ٣).

(١٥٣) المصدر السابق، ص ٥١٦ (كتاب الحدود، الحديث رقم ١٢).

(١٥٤) الأستاذ الدكتور محمود مصطفى فى بحثه عن قاعدة درء الحدود بالشبهات، وقد سبقت الإشارة إليه، ص ٤ – ٥ وانظر فى شرح نظام الأدلة القانونية رءوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية، ص ٦٧٢ – ٦٧٣.

المقررة ، ولو غلب على ظنه ارتكاب المتهم للجريمة المنسوبة إليه ، لأن هذه الأدلة مقررة لمصلحة المتهم بحيث لا تجوز إدانته إلا بها أو بما هو أقوى منها فى الإثبات[١٥٥].

٣٥- درء الحدود بالشبهات وأصل البراءة :

ومبنى هذا الاجتهاد من جانبنا هو النظر إلى قاعدة درء الحدود بالشبهات فى ضوء القاعدة الإسلامية التى تقرر أن « الأصل براءة الذمة »[١٥٦].

وقد طبق الفقهاء هذه القاعدة فى المجال الجنائى فقرروا أن الأصل فى الإنسان « براءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات . . . ومن الأقوال كلها ومن الأفعال بأسرها »[١٥٧].

وهذه القاعدة هى التى تقررها النظم الجنائية الحديثة التى تجعل « الأصل فى الإنسان البراءة »[١٥٨] وذلك باعتبار الجريمة صورة من صور السلوك الشاذ الخارج عن المألوف ، ومن ثم يجب الاحتياط فى نسبتها إلى شخص معين وذلك بافتراض براءته حتى يثبت بدليل قاطع عكس ذلك ، أى يثبت إرتكابه للجريمة .

ويرد النص على هذا المبدأ فى الدساتير المختلفة ، وفى قوانين الإجراءات الجنائية . كما حفلت بتدوينه المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان . ومن أمثلة الدساتير التى تنص على المبدأ الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ الذى قضت مادته ٦٧ بأن « المتهم برىء حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه » والدستور السودانى الصادر فى سنة ١٩٧٣ حيث تنص المادة ٦٩ على أن « أى شخص يلقى القبض عليه متهماً فى جريمة ما يجب ألا تفترض إدانته ولا يجب أن يطلب منه الدليل على براءة نفسه بل المتهم بريئ إلى أن تثبت إدانته دونما شك معقول » . وقد نص على هذا المبدأ أيضاً قانون الإجراءات الجنائية السودانى (القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٤) فى المادة الثالثة التى تقرر أن « يراعى فى تطبيق هذا القانون أن لكل متهم الحق فى أن ينال محاكمة عادلة وناجزة

---

(١٥٥) قارن : الدكتور محمود مصطفى ، الموضع السابق . والأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، العقوبة فى الفقه الإسلامى ، ص ٢١٨ وما بعدها ط القاهرة ١٩٧٤ .

(١٥٦) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ، ط القاهرة (بدون تاريخ) ص ٥٩ ، وابن نجيم ، الأشباه والنظائر – أيضاً – ط القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٥٩ .

(١٥٧) عز الدين بن عبد السلام ، قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، ج ٢ ص ٣٢ ط القاهرة ١٩٦٨ .

(١٥٨) رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ذكره ، ص ٦٧٦ ومحمد محيى الدين عوض ، المصدر السابق ذكره ، ج ٢ ص ٢١٠ – ٢١١ ومحمود مصطفى ، الموضع السابق .

وأن كل متهم برئ إلى أن تثبت إدانته دونما شك معقول» . ويلاحظ أن تكرار النص على المبدأ فى الدستور وفى قانون الإجراءات الجنائية يعتبر أمراً منتقداً . إذ يكفى النص الدستورى ويغنى عن النص الآخر فى قانون الإجراءات الجنائية ويتأكد ذلك بصفة خاصة حيث يكون الدستور سابقاً فى إصداره لقانون الإجراءات كما هو الحال بالنسبة للدستور السودانى(١٥٩).

ومن المواثيق ذات الصبغة الدولية التى حفلت بالنص على مبدأ افتراض براءة المتهم إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر غداة الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ والذى نص فى مادته التاسعة على أن الأصل فى الإنسان البراءة حتى تتقرر إدانته . ونصت المادة العاشرة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ – نصت على أن «كل متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه» . وجاءت المادة الرابعة عشرة من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التى وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ ، مؤكدة للنص الوارد فى إعلان حقوق الإنسان عن افتراض براءة المتهم .

ولهذه الاتفاقية قيمة قانونية مسلمة باعتبارها تقنيناً دوليًّا لحقوق الإنسان يمتد أثره ليشمل كافة الدول الأعضاء فى الأمم المتحدة ويفرض على هذه الدول التزاماً قانونيًّا باحترام الحقوق المقررة فيها ، وهى فى ذلك تختلف عن الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والذى لا تعدو قيمته أن تشكل التزاماً أدبياً باحترام ما ورد فيه من حقوق(١٦٠).

وإذا كان المجال الذى تعمل فيه قاعدة افتراض البراءة فى النظم القانونية المعاصرة هو المجال الجنائى فحسب ، حفاظاً على حريات الأفراد من أن يتهددها التعسف الإجرائى أو يعصف بها الظلم الموضوعى ، فإن قاعدة «الأصل براءة الذمة» المقررة فى الفقه الإسلامى تعمل فى نطاق أوسع من النطاق الجنائى ، إذ نجد الفقه الإسلامى يعمل هذه القاعدة فى كافة فروع القانون ، بل فى كافة صور الواجبات والتكليفات حتى الدينية البحتة أو التعبدية المحضة(١٦١). وعليه فلا يجوز أن يفرض التزام من أى نوع كان – جنائيًّا أو مدنيًّا – على شخص إلا بعد قيام الدليل المثبت لسبب هذا الالتزام فى

---

(١٥٩) انظر فى توجيه مثل هذا النقد إلى المشرع اليوغوسلافى محمود مصطفى ، المصدر السابق . وهو يشير أيضاً إلى انتقاد صنيع المشرع السودانى فى ظل قانون الإجراءات القديم (١٩٢٥) والذى ألغى بقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤ .

(١٦٠) انظر فى تفاصيل الحقوق المتعلقة بالخصومة الجنائية فى تلك الاتفاقية الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور ، أصول السياسة الجنائية ، القاهرة ١٩٧٢ ، ص ١٤١ – ١٤٢ .

(١٦١) انظر فى تطبيقات القاعدة مؤلفى السيوطى وابن نجيم السابق الإشارة إليهما ، وكذلك مؤلف الإمام عز الدين بن عبد السلام ، ج ٢ ص ٣٢ حيث يقول «فيدخل فى هذا (أصل البراءة) جميع العقود والتصرفات حتى الكفر والإيمان» .

حقه . وتطبيق ذلك فى المجال الجنائى ألا يعتبر الشخص ملتزماً بأداء العقوبة ، أو مستحقًا لها ، إلا بعد أن تثبت إدانته ثبوتاً يقينيًّا .

ولا تختلف تطبيقات قاعدة افتراض البراءة – التى هى فى نظرنا أصل قاعدة درء الحدود بالشبهات – فى القضاء والفقه الجنائى الحديث عنها فى الفقة الإسلامى . بل إن بعض المحاكم فى تطبيقها لنتائج مبدأ افتراض البراءة تؤسس قضاءها دونما حرج على قواعد فقهية إسلامية على الرغم من عدم إستمداد النظم الجنائية الحديثة لقاعدة إفتراض البراءة من الفقه الإسلامى . ومن ذلك قضاء محكمة النقض المصرية بأن «سكوت المتهم لا يصح أن يتخذ قرينة على ثبوت التهمة ضده»(١٦٢) ولا شك فى أن هذا القضاء يعتبر تطبيقاً صحيحاً للقاعدة الفقهية الإسلامية التى تقضى بأنه لا ينسب لساكت قول(١٦٣) وقد أسست محكمة النقض السورية قضاء مماثلاً لها على القاعدة الإسلامية المذكورة تأسيساً مباشراً فقضت بأن «سكوت المدعى عليه لا يعتبر إقراراً منه بما نسب إليه ، لأنه لا ينسب إلى ساكت قول»(١٦٤) .

وعلى ذلك يمكننا أن نقول إنه لا تعارض بين ما تقرره النظم القانونية المعاصرة من أن الأصل فى الإنسان البراءة ، وبين ما سبق أن قرره الفقهاء المسلمون من أن «الأصل براءة الذمة» . وإذا كانت القاعدة الفقهية الإسلامية أوسع نطاقاً فى تطبيقها من القاعدة القانونية ، إلا أنهما تلتقيان فى المجال الجنائى حيث تفترضان أو تتطلبان أن تبنى إدانة المتهم على دليل جازم يثبت التهمة ويرفع ما ثبت له أصلاً من إفتراض البراءة . وحيث تفتقر الدعوى الجنائية إلى مثل هذا الدليل فإنه يتعين الحكم بتبرئة المتهم . وليس من فارق فى خصوص هذه النتيجة ، أو فى أساسها ، بين قضاء جنائى يقوم نظامه على الأحكام الإسلامية ، وبين قضاء جنائى يقوم نظامه على تبنى النظريات الإجرائية الحديثة . واختلاف التعبير عن القاعدة وصياغتها عند الفقهاء المسلمين وعند فقهاء القانون لا أثر له على نتيجتها إذ العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى .

---

(١٦٢) الحكم الصادر فى ١٨ أبريل ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم ٧٣ ص ٣٣٢ مشار إليه فى بحث الدكتور محمود مصطفى السابق ذكره .

(١٦٣) انظر فى القاعدة وتطبيقاتها ، السيوطى ، المصدر السابق ، ص ١٥٨ وهو يقرر أن القاعدة من صياغة الإمام الشافعى رضى الله عنه . وانظر كذلك الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٤ – ١٥٦ .

(١٦٤) نقض سورى ١٧ أكتوبر ١٩٦٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، رقم ١٧ ص ١٥ وقد أشار إليه أيضاً الدكتور محمود مصطفى فى المصدر السابق .

٣٦ – اشتراط اليقين فى الإثبات الجنائى :

وترتبط قاعدة افتراض البراءة فى الفقه الإسلامى بقاعدة أخرى هى التى يعبر عنها الفقهاء بقولهم « اليقين لا يزول بالشك »[١٦٥] وبعض الفقهاء يجعل هذه القاعدة فرعاً لقاعدة « الأصل براءة الذمة »[١٦٦] على حين يقرر آخرون عكس ذلك فيجعلون الثانية فرعاً للأولى[١٦٧] . وأيًّا ما كان الأمر فى ترتيب القاعدتين من حيث كون إحداهما أصلاً للأخرى أو فرعاً لها ، فإن الذى يعنينا هو أن نبين جريان قاعدة « اليقين لا يزول بالشك » فى الفقه الإسلامى فى كافة فروع القانون ، كمثل ما تجرى فى كافة فروعه قاعدة افتراض البراءة . فيقرر الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا أن « هذه القاعدة أصل شرعى عظيم يدعمه العقل والقرآن والسنة » ويقرر أيضاً أنها قاعدة حاكمة « فى جميع الأمور ، من عبادات ومعاملات وعقوبات وأقضية فى سائر الحقوق والالتزامات »[١٦٨] .

ويقول الإمام السيوطى « اعلم أن هذه القاعدة تدخل فى جميع أبواب الفقه . والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر » ويجعل من فروعها فى العقوبات أن القاضى إذا شك فى « الحد أجلد أم رجم فإنه لا يحد بل يعزر . . . ولو تردد بين عقوبتين ، ما لم يكونا قتلاً ، سقطتا وانتقل إلى التعزير »[١٦٩] .

ومن نتائج هذه القاعدة أيضاً الأخذ فى جرائم الحدود وعقوباتها بأقصى سن التكليف[١٧٠] وذلك لأن الأصل فى صغار السن أنهم غير مسئولين جنائياً فإذا ارتكب شخص جريمة لم يؤخذ بها إلا إذا كان قد بلغ أقصى سن التكليف لأن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك .

وقاعدة « اليقين لا يزول بالشك » تماثل فى النظم المعاصرة القاعدة المعروفة بقاعدة « الشك يفسر لمصلحة المتهم » . وقد قننت هذه القاعدة دساتير بعض الدول وقوانين الإجراءات الجنائية فيها (انظر مثلاً الدستور السودانى م/٦٩ وقانون الإجراءات الجنائية السودانى لسنة ١٩٧٤ م/٣) .

---

(١٦٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٥٦ . وللسيوطى ص ٥٩ حيث ينقل عن الإمام الشافعى قوله « أصل ماانبنى عليه الإقرار أنى أعمل اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة » .

(١٦٦) الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهى العام ج ٢ ص ٩٥١ – ٩٥٤ (ط ٩ سنة ١٩٦٥) ويبدو أن هذا هو منهج المذهب الحنفى فى ترتيب القاعدتين لأنه المستفاد من صنيع ابن نجيم فى المصدر السابق

(١٦٧) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، حيث يقرر أن هذا هو منهج الشافعية فى ترتيب القاعدتين .

(١٦٨) المدخل الفقهى العام ، المرجع السابق ص ٩٥١ .

(١٦٩) السيوطى ، المصدر السابق ص ٥٦ ، ٦٣ .

(١٧٠) عبد الرازق الصنعانى ، المصنف ج ٧ ص ٣٣٧ (ط بيروت ١٩٧٢ بتحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمى) حيث يروى عن الثورى قوله « الحلُم أدناه أربع عشرة ، وأقصاه ثمان عشرة ، فإذا جاءت الحدود أخذنا بأقصاهما »

ويجرى فقه الإجراءات الجنائية على اعتبار تفسير الشك لمصلحة المتهم نتيجة منطقية لقاعدة افتراض البراءة[١٧١]. ويقابل هذا الاتجاه الاتجاه الذى سبق أن أشرنا إليه لدى جانب من الفقه الإسلامى إلى تأسيس قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» على قاعدة «الأصل براءة الذمة».

وقد جرى القضاء فى الدول العربية على الأخذ بقاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم. فقضت محكمة النقض المصرية بأن «الأحكام فى المواد الجنائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال» وقضت أيضاً بأن «الأحكام الصادرة بالإدانة يجب ألا تبنى إلا على حجج قطعية الثبوت تفيد الجزم واليقين» وبأنه «لا يصح أن تقام الإدانة على الشك والظن بل يجب أن تؤسس على الجزم واليقين»[١٧٢].

وبمثل هذا القضاء لمحكمة النقض فى مصر يجرى قضاء المحاكم العليا فى غيرها من البلاد العربية، مقرراً أن الإدانة لا يحكم بها إلا إذا ثبتت بناء على أدلة تفيد اليقين، وأنه لا يكفى أن يؤسس الحكم بالإدانة على مجرد الظن والاحتمال وأن الشك يفسر دائماً لمصلحة المتهم[١٧٣].

ولا نكاد نرى وجه خلاف بين هذا الذى يقرره القضاء الجنائى المعاصر وبين ماسبق أن قرره الفقهاء المسلمون مما عبر عنه الإمام الشافعى بإعمال اليقين وطرح الشك وعدم تأسيس القضاء على الغالب، وإنما يؤسس القضاء على الثابت. بل لقد عبرت عن مدى الاتفاق بين النظرين محكمة النقض المصرية حين أسست التشدد فى قبول أدلة الإدانة فى جريمة الزنى وفى استنتاج النتائج من وقائعها على «القاعدة الحكيمة: قاعدة درء الحدود بالشبهات»[١٧٤]

وهكذا تتطابق النتائج التى يصل إليها الفقه الإسلامى بإعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات، مع النتائج التى يصل إليها القضاء الجنائى المعاصر بإعمال القاعدتين الإجراءيتين «افتراض البراءة» و «تفسير الشك لمصلحة المتهم». وكلتا القاعدتين سبق للفقه الإسلامى تقريرهما بصفة عامة، وإعمالها فى المجال الجنائى بصفة خاصة.

ولعل الفارق الأساسى بين موقف الفقه الجنائى الإسلامى فى هذا الخصوص، وموقف النظم

---

(١٧١) رءوف عبيد، المرجع السابق ذكره، ص ٦٧٦ ومحمود مصطفى المصدر السابق ص ١٠.

(١٧٢) نقض ١٩٤٦/٤/١٥، ١٩٥٨/٣/١٧، ١٩٥٠/١٠/١٦ مشار إليها فى مؤلف المستشار الدكتور أحمد محمد إبراهيم، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه، القاهرة، ١٩٦٥ ص ٣٦٥ - ٣٦٦.

(١٧٣) انظر الأحكام المشار إليها فى بحث الدكتور محمود مصطفى السابق ذكره ص ١٠ وهى للقضاء السورى واللبنانى والتونسى.

(١٧٤) نقض ١٩٣٠/١٢/١١ مجموعة القواعد القانونية، ج ٢ رقم ١٢٩ ص ١٥٥ ومشار إليه فى: رءوف عبيد، المصدر السابق، ص ٦٨١.

الجنائية المعاصرة هو الفارق المتمثل فى نطاق أعمال هاتين القاعدتين ، فالرأى الشائع فى الفقه الإسلامى أن قاعدة درء الحدود بالشبهات لا عمل لها إلا فى مجال جرائم الحدود وجرائم القصاص دون جرائم التعزير ، أما فى النظم الجنائية المعاصرة فإن قاعدتى افتراض البراءة وتفسير الشك لمصلحة المتهم تعملان فى كافة صور التجريم أى فى جميع أنواع الجرائم . ونناقش فيما يلى مدى وجوب التزام الرأى الشائع فى الفقه الإسلامى فى هذا الخصوص لنتبين مدى جواز درء العقوبة بالشبهة فى غير القصاص والحدود ، وذلك على ضوء تأصيلنا لقاعدة درء الحدود بالشبهات على النحو الذى تقدم فى الفقرات السابقة .

٣٧ – التعزير والدرء بالشبهة :

يثور التساؤل فى الفقه الإسلامى حول مدى جواز الأخذ بقاعدة درء الحد بالشبهة فى جرائم التعزير . فيذهب الرأى الغالب بين الفقهاء إلى أن مجال عمل هذه القاعدة مقصور على جرائم الحدود والقصاص دون جرائم التعزير . ويذهب رأى حديث إلى أنه « ليس ثمة مايمنع من تطبيق القاعدة فى جرائم التعازير ، لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين ، وكل متهم فى حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهماً فى جريمة من جرائم الحدود أو جرائم التعازير »(١٧٥) .

أما الرأى الغالب فى الفقه الإسلامى فهو ماعبر عنه بعض الفقهاء بأن « التعزير يثبت مع الشبهة »(١٧٦) كما عبر عنه آخرون بأن « الشبهة لا تسقط التعزير »(١٧٧)

وليس فيما اطلعت عليه من كلام الفقهاء وكتبهم تعليل لعدم إعمال قاعدة درء الحد بالشبهة فى جرائم التعزير . ويبدو أن رأيهم يحتمل أن يكون المراد به عدم سقوط عقوبة التعزير بذات الشبهة التى تدرأ بها عقوبة الحد ، بمعنى أنه إذا إتهم شخص بارتكاب جريمة حد وتبين لدى القاضى أن شروط الجريمة غير متوافرة ، أو أن البينة لا تنهض دليلاً كافياً لإثباتها ، أوكان ثمة تعارض بين دليل الحظر وبين دليل آخر يفيد الإباحة – كما فى سرقة الوالد مالاً مملوكاً لولده – ففى هذه الصور يجوز الحكم على الجانى بعقوبة تعزيرية برغم عدم جواز الحكم عليه بعقوبة الحد .

وتحتمل صياغة الفقهاء لهذه القاعدة – أيضاً – أن يكون المراد بها أن جرائم التعزير المستقلة ، أى الجرائم التى تقررت لها ابتداء عقوبة تعزيرية مستقلة يجوز إثباتها مع وجود الشبهة ، وعلى الرغم من

(١٧٥) المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى ، ج ١ ص ٢١٦

(١٧٦) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٣٠ .

(١٧٧) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، ص ١٣٦ .

وجودها ، ويجوز من ثم – فى تلك الحالات – العقاب عليها .

أما الاحتمال الأول فلا إعتراض لنا عليه ، وهو من سديد السياسة الجنائية التى تقتضى الا يفلت جان من عقاب يوقع عليه ، ولا يترك منحرف السلوك دون إجراء يتخذ لتقويم عوجه وإصلاح فساده ، حماية للجماعة من خطر الإجرام ومن أن تهدد مصالحها بخطر الاعتداء عليها من ذلك الشخص ذاته مرة أخرى أو سواه ممن يحاكون فعله .

وأما الاحتمال الثانى فإننا لا نرى من سداد الرأى الأخذ به . ذلك أن الجرائم التعزيرية المستقلة لا تعدو أن تكون سلوكاً يرى فيه المجتمع ، أو تقرر قواعد الشريعة كونه سلوكاً ضاراً أو خطراً فتقرر لمرتكبه عقاباً عليه . والعقاب فى هذه الجرائم – شأنه فى غيرها – إضرار بالجانى قصد به كفه عن الجريمة وزجر العامة عن ارتكاب مثلها . والعقاب – وهو إنزال ضرر بشخص ما – لا يجوز أن يقضى به القاضى إلا إذا ثبت لديه استحقاق ذلك الشخص للعقاب ، بثبوت ارتكابه للجريمة التى تقرر لها .

وتأسيس قاعدة درء الحد بالشبهة – على النحو الذى قدمناه – على قاعدتى افتراض البراءة وعدم العدول عما ثبت يقيناً إلا بيقين مثله يقتضى أن نجرى هذه القاعدة فى جرائم التعزيز كمثل ما نجريها فى جرائم الحدود والقصاص .

ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بأن النص الذى ثبتت فيه القاعدة جاء فيه لفظ « الحدود » ولم يأت فيه لفظ التعزير للأمور الآتية :

أولاً : لأن اللفظ الذى يروى فى إثبات القاعدة ليس ثابتاً عن رسول الله ﷺ حتى يكون التقيد بحرفيته هو الأصل ، وإنما هى قاعدة فقهية قررها فقهاء الصحابة فمن بعدهم من الفقهاء أخذاً من أصول الشريعة وكلياتها . ومن ثم فإن التقيد بفحوى القاعدة لا بلفظها ، وبروحها لا بنصها هو الذى يستقيم فى النظر الصحيح إليها .

وثانياً : لأن لفظ « الحد » وإن أطلق اصطلاحاً على العقوبات المقررة للجرائم المعينة – على ما سوف يأتى بيانه تفصيلاً – إلا أنه يطلق كذلك على الجرائم ذاتها فيقال حد الزنى (أى عقوبته) الجلد مائة ، ويقال الزنى من جرائم الحدود ، ويقال حد السرقة (أى عقوبتها) القطع ، ويقال السرقة من جرائم الحدود وهكذا . . . وقد استعمل لفظ الحد مراداً به الجريمة لا العقوبة فى حديث رسول الله ﷺ « من أصاب حداً فعجلت له عقوبته فى الدنيا فالله أعدل من أن يثنى على عبده العقوبة فى الآخرة . . »(١٧٨) .

---

(١٧٨) مشكاة المصابيح ، ج ٢ ص ٣٠٩ ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية « الحدود فى لفظ الكتاب والسنة يراد بها الفصل بين

وعلى ذلك فلا يبعد أن يكون المراد بلفظ الحد فى كلام الصحابة الذين رويت عنهم عبارات درء الحد بالشبهة هو مطلق الجريمة لا العقوبة المعينة . بمعنى أنه لا تنسب الجريمة إلى شخص بحكم قضائى إلا عند ثبوتها بغير شبهة .

وثالثاً : أن الفقهاء يدخلون القصاص فيما يجب درؤه بالشبهة وذلك على الرغم من أن إصطلاح الحد – بمعنى العقوبة المعينة – لا يشمل القصاص عند جمهور الفقهاء . فإذا جاز أن يدرأ القصاص بالشبهة وهو لا يدخل تحت مفهوم لفظ الحد ، فما الذى يمنع من القول بإسقاط التعزير أو درئه بالشبهة كذلك ؟

ورابعاً : أن أصل البراءة ليس مقصوراً على البراءة من ارتكاب جرائم الحدود وجرائم القصاص وإنما هو يشمل كذلك جرائم التعزير ولذلك قال الإمام عز الدين بن عبد السلام إن الأصل فى الإنسان براءته من جميع الأفعال والتصرفات على ما تقدم ذكره عنه . وإذا كانت قاعدة افتراض البراءة هى أساس قاعدة درء الحد بالشبهة فإنه لا مناص من القول بدرء التعزير بالشبهة أيضاً لثبوت أصل البراءة فى شأن جرائمه ثبوته فى شأن غيرها من الجرائم .

ولذلك كله فإننا نرى وجوب الأخذ بقاعدة درء الحد بالشبهة فى جرائم التعزير وفى جرائم القصاص وفى جرائم الحدود . ولعل الأصح عندئذ أن تسمى بقاعدة « درء العقوبة بالشبهة » دفعاً لأسباب اللبس والتوهم فى مدى جريانها خارج نطاق جرائم الحدود . ولسنا نقتصر فى هذا الشأن على القول بجواز درء عقوبة التعزير بالشبهات ، وإنما نذهب إلى أبعد من ذلك فنقول بعدم جواز إقامتها إلا حين تثبت الجريمة ثبوتاً يقيناً فى حق المتهم بها(١٧٩) .

ولعل الفارق الوحيد فى هذا الخصوص بين أنواع الجرائم هو أن الحد الأدنى فى أدلة الإثبات والذى تتطلبه الشريعة الإسلامية فى جرائم الحدود غير متطلب فى جرائم التعزير ولذلك فطريق ثبوتها يخضع لمطلق اقتناع القاضى بالدليل المقدم إليه فيها .

٣٨ – تقويم قاعدة درء الحدود بالشبهات :

قدمنا أن فقهاء المذهب الظاهرى لايقرون قاعدة درء الحدود بالشبهات بالصياغة التى قررها بها الفقهاء فى المذاهب الأخرى وأنهم يرون أن الحدود لا يحل أن تقام بشبهة ولا أن تدرأ بشبهة وإنما هو

الحلال والحرام .. وأما تسمية العقوبة المقدرة حداً فهو عرف حادث » ج ٢٨ ص ٣٤٨ من مجموع الفتاوى طبع الرياض ، ١٣٨٣هـ .

(١٧٩) قارن عبد القادر عودة ، المصدر السابق ، وقد ردد رأيه بنفس عبارته الدكتور عبد الله العلى الركبان فى بحثه المشار إليه سابقاً ص ١٩ .

الحق لله تعالى ولا مزيد . وقلنا فى مناقشة رأيهم أنهم وإن لم يقروا القاعدة فى صياغها الفقهية فإنهم يتفقون مع فقهاء المذاهب الأخرى فى إعمال مضمون القاعدة .

ويذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن قاعدة درء الحدود بالشبهات كانت السبب فى « أخطر ما تعرضت له النصوص الإسلامية وهو تمييع هذه النصوص ، بحيث سرى الشك فى مدى صلاحية هذه النصوص للتطبيق ليس بين المخالفين فى العقيدة ولكن بين المسلمين أنفسهم » . ويعلل صاحب هذا الرأى رأيه ، باختلاف الفقهاء فى مايعتبر شبهة وما لايعتبر ، ومن ثم فيما تدرأ به الحدود وما لاتدرأ[١٨٠] .

وقد ضربنا صفحاً عن هذه الصور التى يعتبرها الفقهاء شبهة أو التى لايعتبرونها شبهة ، وخلافهم فيها ، ولم يكن ذلك عن إهمال لها وإنما تعمدنا ألا نتعرض لدراستها لأننا رأينا فيها مجرد موجهات للقاضى تعتبر كالأمثلة لغيرها ، وتقتصر مهمتها على توجيه النظر إلى حقيقة مسلمة هى أنه ينبغى ألا يقضى بعقوبة ما على شخص معين إلا إذا ثبت بيقين ارتكابه مايوجب هذه العقوبة . ولم نعتبر مايذكره الفقهاء فى هذا الصدد أحكاماً ملزمة لكل قاض فى دولة إسلامية فى كل عصر ، إذ الملزم — فى رأينا — هو أن يتحقق القاضى من ثبوت الاتهام ويطمئن ضميره إلى استحقاق المتهم للعقوبة فحسب .

ولا نكاد نعرف لذلك مخالفاً فى فقهاء المسلمين من قبل منهم قاعدة درء الحدود بالشبهات ومن اعترض عليها . ورأينا أن الإعمال الصحيح للقاعدة يقتضى سريانها فى شأن كافة الجرائم والعقوبات لابتنائها على القاعدة العامة التى تقرر أن الأصل البراءة ، والقاعدة العامة التى تقرر أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك ، ولذلك آثرنا أن نعيد صياغة القاعدة لتكون مؤدية إلى درء العقوبات جميعاً بالشبهات لا إلى درء الحدود فقط .

والاستناد إلى رأى الظاهرية فى إنكار القاعدة لا يفيد فى تأييد صاحب الرأى المشار إليه وذلك لما بيناه من أخذهم بمضمونها وان لم يأخذوا بلفظها .

وبناء القاعدة على قاعدتى افراض البراءة ، وعدم نفى اليقين إلا بيقين مثله — وهما مسلمتان — يجعل المجادلة فى قاعدة درء العقوبات بالشبهات مجادلة لفظية لا طائل وراءها إذ لا تخرج هذه القاعدة عن أن تكون تطبيقاً للقاعدتين المسلمتين المشار اليهما .

ومما يكاد أن يكون مقطوعاً به أن عدم تطبيق نصوص التجريم والعقاب التى جاءت بها الشريعة الإسلامية ليس مرجعه إلى الأخذ بقاعدة الدرء بالشبهة ، وإنما يرجع ذلك إلى أسباب كثيرة أخرى

(١٨٠) الدكتور أبو المعاطى حافظ أبو الفتوح ، النظام العقابى الإسلامى ، القاهرة ١٩٧٦ ص ٢٥١ .

أهمها ضعف المسلمين عقائدياً وسياسياً ، وابتلاؤهم بالاستعمار السياسى والعسكرى والاقتصادى ، وشيوع نزعة تقليد الغرب فى كل ماجاء به صواباً كان أم خطأ . وليس هنا مجال تفصيل هذه الأسباب وغيرها . وإنما لا يصح نسبة إهمال أحكام الشريعة الإسلامية الجنائية إلى قاعدة درء العقوبات بالشبهات ، وإلا فما سبب إهمال الأحكام المدنية والأحكام التجارية والأحكام الاقتصادية الإسلامية ؟ وليس فى هذه المجالات درء بالشبهات ؟ ؟ .

ولذلك فإننا نرى أنه مما يميز الفقه الإسلامى – لا مما يعيبه – سبقه إلى تقرير قاعدة درء العقوبات بالشبهات ، ونرى أنه لن يخلو نظام جنائى مبنى على الأحكام الإسلامية فى هذا المجال من إقرار القاعدة ، بروحها إن لم يكن بنصها ، وهى مقررة على أى حال فى النظم الجنائية المعاصرة تحت عنوانين آخرين هما تفسير الشك لمصلحة المتهم ، وافتراض براءته حتى تثبت إدانته ، فلم تؤد إلى انهيار هذه النظم وتمييع أحكامها ، كما يقال إنها فعلت بالنظام الجنائى الإسلامى ؟

ومن جهة ثانية فإن روح القاعدة وماتنتجه من آثار فى المحاكمة الجنائية يعتبر اليوم من الحقوق الأساسية للإنسان التى لا يجوز الإخلال بها فى المجتمعات المعاصرة ، ولا يتصور خلو النظم الجنائية منها وإلا فتحنا الباب لتحكم القضاة وأخذ الناس بالظن والتهمة وهى أمور لاتقرها الشريعة الإسلامية بنفس القدر الذى لاتقرها به النظم الإجرائية الجنائية المعاصرة(١٨١) .

---

(١٨١) فى أثناء مراجعتنا لتجارب الطبع ظهرت دراسة قيمة عن قاعدة درء العقوبات بالشبهات لأستاذنا الدكتور عوض محمد عوض أستاذ القانون الجنائى فى جامعة الإسكندرية وقد نشرت هذه الدراسة فى العدد التاسع من المجلة العربية للدفاع الاجتماعى التى تصدرها المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى ضد الجريمة .

التوبة والعفو

٣٩ – تمهيد : الأسباب الحائلة دون اقتضاء حق الدولة فى العقاب :

تنشئ الجريمة حقاً للدولة فى معاقبة مرتكبها . وتقتضى الدولة هذا الحق بأن تخضع الجانى للعقوبة التى يقررها حكم قضائى يثبت وقوع الجريمة ، ونسبها إلى ذلك الشخص المعين (الجانى)[١٨٢] . ومع أن الأصل هو أن تقتضى الدولة حقها فى العقاب وفق هذا الطريق ، فإنه قد تعرض أسباب تحول دون هذا الاقتضاء . وتنحصر هذه الأسباب فى النظم الجنائية المعاصرة فى التقادم ، ووفاة المتهم ، والعفو العام أو الشامل ، والصفح أو التصالح بالنسبة لبعض الجرائم . على أن النظم الجنائية المعاصرة ، ومن ورائها الفقه الجنائى الحديث يشهدان تبايناً كبيراً فى آثار هذه الأسباب ، وهل تنصرف إلى الجريمة فتقضيها أو تسقطها أو إلى الدعوى الجنائية فتنهيها أو تسقطها أو إلى العقوبة فتسقطها (بحسب اختلاف التعبيرات) على أن الأقرب إلى المنطق القانونى هو القول بانصراف آثار هذه الأسباب إلى حق الدولة فى العقاب ، وإسقاطها إياه . وامتناع رفع الدعوى الجنائية على المتهم ليس إلا نتيجة لذلك ، أى نتيجة لانقضاء حق الدولة فى العقاب[١٨٣] .

٤٠ – الأعذار المعفية من العقوبة :

ولا تقتصر الأسباب التى تمنع توقيع العقاب على مرتكبى الجريمة على ما تقدم ذكره مما يحول دون اقتضاء الدولة حقها فى العقاب ، وإنما تعرف النظم الجنائية المعاصرة ما يعرف بالأعذار المعفية من العقوبة . وبينما يرى جانب من الفقه المعاصر أن هذه الأسباب أو الأعذار المعفية من العقوبة لا تضمها « نظرية عامة » تنتظم الأعذار المعفية جميعها فى نطاق فكرة واحدة[١٨٤] ، يرى جانب آخر أن هذه الأعذار تنتظمها فكرة الشرط الفاسخ الذى إذا تخلف تأكد وجود حق الدولة فى العقاب ، وإذا

---

(١٨٢) انظر فى تفصيل ذلك مؤلف الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، حق الدولة فى العقاب ، وقد سبقت الإشارة إليه .

(١٨٣) انظر المصدر السابق ص ٦٣ – ٦٤ .

(١٨٤) الأستاذ الدكتور على راشد ، القانون الجنائى ، المرجع السابق ذكره ، ص ٦٤١ .

تحقق زال الحق بأثر رجعى فاعتبر كأن لم يكن (١٨٥) .

والأعذار المعفية من العقاب أعذار قانونية يقررها المشرع لا القاضى ويرتب على تحققها استبعاد العقوبة برغم توافر شروط تطبيقها (١٨٦) . ولكن العذر المعفى لايؤثر على كون الفعل جريمة ، ولا يمنع من ثم أوجه المساءلة الأخرى من مدينة أو إدارية بحسب الأحوال .

٤١ – الأسباب الحائلة دون اقتضاء الحق فى العقاب وإرادة الجانى :

ويمكننا أن نلاحظ على الأسباب التى تحول دون اقتضاء الدولة حقها فى العقاب أنها فى مجموعها لا ترجع إلى فعل الجانى ، ولا دخل لإرادته فى تحققها ، فالتقادم – وهو مرور فترة زمنية يحددها القانون – أمر لا دخل لإرادة الجانى فيه ، ولا يقتضى تحققه تدخلاً منه ، وكذلك الصفح عن الجريمة فى التشريعات التى تجيزه . والأمر أوضح فى وفاة المتهم ، وكذلك العفو الشامل – وقد سبق أن تحدثنا عنه – أمر يرجع إلى إرادة السلطة التشريعية فى الدولة ولا شأن للمهم به . وتنتج كل من هذه الأسباب آثارها بمجرد تحققها ، فتصيب حق الدولة فى العقاب وتحول دون اقتضائه ، ويرد على هذه الملاحظة استثناء وحيد محله حيث تقتضى الدولة حقها فى العقوبة بالتراضى (التصالح) ومن صوره نظام الأوامر الجنائية أو الإجراءات الموجزة فى تعبير بعض التشريعات والتى « يقبل » فيها الجانى « إيجابا » صادراً من النيابة العامة – ممثلة الدولة – بأن يدفع غرامة يحددها الأمر الجنائى ، وكما يجوز للجانى قبول تنفيذ الأمر الجنائى فإنه يملك الاعتراض عليه ، وعندئذ تعود الإجراءات الجنائية المؤدية لاقتضاء حق الدولة فى العقاب سيرتها العادية .

ومن صور التصالح أيضاً أن « يجيز المشرع للجهة العامة التى يشرط تقدمها بطلب لإمكانية اقتضاء الدولة حقها فى العقاب أن تتصالح مع مرتكب الجريمة . وبانقضاء حق الدولة بالتصالح تنقضى الوسيلة القانونية المعدة لحمايته وهى الدعوى الجنائية »(١٨٧) ، ويغلب أن يقرر المشروع الأخذ بنظام التصالح – أو يجيزه – فى مجال الجرائم التى يغلب عليها الطابع الاقتصادى أو المالى أو النقدى كجرائم التهريب الجمركى والنقدى والتهرب الضريبى(١٨٨) .

---

(١٨٥) الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، القاعدة الجنائية ، بيروت ١٩٦٧ ، ص ١٥٧ – ١٥٨ وللمؤلف نفسه ، حق الدولة فى العقاب ، ص ٤٩ – ٥٠

(١٨٦) الدكتور رمسيس بهنام ، المصدر السابق ، ص ١١٤٥ والدكتور على راشد المرجع السابق ، ص ٦٤٢ .

(١٨٧) الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، حق الدولة فى العقاب ، ص ١٢٣ وما بين القوسين فى المتن نقل من هذا المصدر .

(١٨٨) انظر أمثلة لذلك فى التشريعين المصرى واللبنانى فى المصدر السابق ص ١٢٥ – ١٢٧ .

٤٢ – العذر المعفى وإرادة الجانى :

وفى مجال الأعذار المعفية من العقاب نلاحظ أنها فى مجموعها – كذلك – تتصل اتصالاً مباشراً بإرادة الجانى ، ويتوقف على هذه الإرادة قيام العذر المعفى أو عدم قيامه ، وبالتالى إنتاج أثره فى الإعفاء من العقوبة أو عدم تحقق هذا الأثر . ومن أمثلة العذر المعفى فى قانون العقوبات المصرى إخبار الجانى للحكومة بوجود اتفاق جنائى وبمن اشتركوا فيه ، فهذا الإخبار يعفى الجانى الذى قام به من العقوبة المقررة للاتفاق الجنائى والمنصوص عليها فى المادة ٤٨ من قانون العقوبات المصرى . وكذلك إخبار السلطات بجريمة الرشوة أو الاعتراف بها ، فقد رتب المشرع عليه إعفاء الراشى والوسيط من عقوبة الرشوة وفق ماهو منصوص عليه فى المادة ١٠٧ مكرر من قانون العقوبات المصرى . (تقابلها المادة ١٤ من نظام مكافحة الرشوة السعودى) .

ومن الأعذار المعفية كذلك ما نصت عليه المادة ١٠٠ من قانون العقوبات المصرى من إعفاء من (انفصل عن زمرة العصابات) عند أول تنبيه عليه من السلطات المدنية أو العسكرية ، أو بعد التنبيه عليه إذا لم يكن قد قبض عليه إلا بعيداً عن أماكن الاجتماع الثورى بلا مقاومة ولم يكن حاملاً سلاحاً . « والعصابات » المشار إليها فى هذه المادة هى الجماعات التى ترتكب جناية أو جنحة مضرة بأمن الحكومة من جهة الداخل . وما قررته المادة ١٠١ عقوبات مصرى من إعفاء من بادر من البغاة بإبلاغ الحكومة . . قبل حصول الجناية المقصود فعلها ، وقبل بحث وتفتيش الحكومة عن هؤلاء البغاة .

ومن الأعذار المعفية أيضاً ما نصت عليه المادة ٢٠٥ عقوبات مصرى والواردة فى باب « المسكوكات الزيوف والمزورة » من إعفاء كل من بادر من الجناة بإخبار الحكومة بتلك الجنايات قبل استعمال العملة المقلدة أو المزيفة أو المزورة وقبل الشروع فى التحقيق .

ويتبين من استعراض هذه النصوص – وغيرها مما يقرر عذراً معفياً من العقوبة – أن العذر المعفى موقف يتخذه الجانى أو عمل يقوم به ، قاصداً درء العقاب عن نفسه ، ومستجيباً إلى إغراء المشرع المتمثل فى الإعفاء من العقوبة . ويكون موقف الجانى أوعمله دائماً لاحقاً على قيام الجريمة ومتصلاً بالكشف عنها أو عمن شارك فيها ، أو بالكشف عن جريمة أخرى مماثلة أو المشتركين فيها (م ٨٤ أ عقوبات مصرى) . كما قد يكون العذر المعفى مجرد استجابة لأمر صادر من سلطة مختصة بعدم التمادى أو الاستمرار فى إتيان السلوك المجَرَّم (م ١٠٠ عقوبات مصرى) . وقد يرجع العذر المعفى – أخيراً – إلى إصلاح الجانى خطأه وجبره ماترتب على جريمته من ضرر بحيث يصبح العقاب على فعلته أسوأ فى

منطق العدالة من عدم العقاب ، وأوضح مثال لذلك هو الإعفاء المقرر فى المادة ٢٩١ عقوبات مصرى التى تنص على أنه « إذا تزوج الخاطف بمن خطفها زواجاً شرعياً لا يحكم عليه بعقوبة ما » .

ويدرج الفقه الجنائى المصرى فى عداد الأعذار المعفية صلة القرابة التى نص عليها المشرع فى المواد ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ عقوبات والخاصة بإخفاء الفارين من وجه العدالة أو من الخدمة العسكرية(١٨٩) . والصحيح فى حكم هذه المواد – فى نظرنا – أن الأقارب المذكورين فيها غير مخاطبين بالقاعدة الجنائية . فلم يتوجه المشرع إليهم أصلاً بشق التكليف فيها حتى يقال إنه قرر لهم عذراً معفياً من شق العقاب .

والمشرع فى ذلك يراعى أنه من العسير – إن لم يكن من المستحيل – رفض الاستجابة لنداء المشاعر البشرية ، بعدم الامتناع عن إخفاء الفارين من وجه العدالة ، تنفيذاً لنداء القانون فالشخص العادى – أباً كان أو ابناً أو زوجاً – يفضل بلا شك التعرض لمخالفة القانون على التسبب فى تعريض زوجه أو أصله أو فرعه لخطر الإدانة أو لضرر السجن أو الحكم عليه بالإعدام . وتقديراً من المشرع لهذه المشاعر التى لا يمكن أن توصف إلا بأنها طبيعية وعادية فإنه لم يخاطب هؤلاء بالقاعدة الجنائية المقررة فى المواد ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ عقوبات .

وآية صحة هذا الرأى أن المشرع قد استعمل فى المادة ١٤٤ عقوبات عبارة : « ولا تسرى هذه الأحكام على زوج أو زوجة من أخفى أو سوعد على الاختفاء أو الفرار من وجه القضاء ولا على أبويه أو أجداده أو أولاده أو أحفاده » . وفى المادة ١٤٥ يقرر المشرع أنه « لا تنطبق أحكام هذه المادة على الزوج أو الزوجة أو أصول أو فروع الجانى » . وفى المادة ١٤٦ يقرر المشرع أنه « لا تسرى هذه الأحكام على زوجة الفار من الخدمة العسكرية » .

وتعبيرات « لاتسرى » و « لاتنطبق » . مقابلة بتعبير « تسرى أحكام هذا القانون » الوارد فى المادتين ١ ، ٢ عقوبات مصرى مبيّناً المخاطبين بقانون العقوبات كله ، تشير بوضوح إلى صحة ما استخلصناه من عدم مخاطبة الأقارب المشار إليهم بالقاعدة الجنائية ، ومن ثم لا يصح – فى نظرنا – اعتبار ما قررته هذه المواد من قبيل العذر المعفى . ويستقيم بذلك ما لاحظناه – آنفاً – من رجوع العذر المعفى إلى مسلك يتخذه الجانى بإرادته قاصداً الإفادة من نص القانون المقرر للإعفاء من العقاب .

وخلاصة ما تقدم أن نشوء حق الدولة فى العقاب لا يعنى دائماً وجوب أن تسلك الدولة السبيل المؤدية إلى اقتضاء هذا الحق ، إذ قد تعترض هذه السبيل موانع تحول دون المضى فيها إلى غايتها . كما

---

(١٨٩) رمسيس بهنام ص ١١٤٦ وعلى راشد ص ٦٤٢ .

قد يقرر المشرع سبيلاً لإفلات الجانى من العقاب حين يكافئه بالإعفاء منه لقاء سلوك معين أو موقف ما ينص عليه القانون.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية التوبة سبباً للإعفاء من العقاب. وعرفت العفو حائلاً دون اقتضاء الدولة حقها فيه[١٩٠]. وذلك ما نعرض له فى الفقرات التالية.

٤٣ – التوبة وأثرها فى الإعفاء من العقوبة:

التوبة هى رجوع المرء عن المعصية، وندمه عليها مع عزمه على عدم مقارفتها مرة أخرى. وهى من الوجهة الدينية مكفرة للذنب ماحية للخطيئة لقول الله تعالى: (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم) المائدة آية ٣٩. ولقوله تعالى: (وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم كتب ربكم على نفسه الرحمة أنه من عمل منكم سوءاً بجهالة ثم تاب من بعده وأصلح فأنه غفور رحيم) الأنعام آية ٥٤، ولغيرهما من الآيات التى فى معناهما[١٩١]. ولا يقف أثر التوبة عند غفران الذنب ومحو الخطيئة فحسب. بل قد يضاعف الله سبحانه وتعالى بها الأجر. ويزيد بسببها من ثواب الآخرة وعطاء الدنيا، وذلك ثابت بمثل قول الله تعالى: (وأن استغفروا ربكم ثم توبوا إليه يمتعكم متاعاً حسناً إلى أجل مسمى ويؤت كل ذى فضل فضله..) هود آية ٣. وقوله عز وجل على لسان هود عليه السلام: (ويا قوم استغفروا ربكم ثم توبوا إليه يرسل السماء عليكم مدراراً، ويزدكم قوة إلى قوتكم، ولا تتولوا مجرمين) هود آية ٥٢. وكذلك قوله سبحانه وتعالى – بعد ذكر عدد من الكبائر ووعيد أصحابها: (إلا من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفوراً رحيماً) الفرقان آية ٧٠.

٤٤ – التوبة عن جريمة الحرابة:

أما فى المجال الجنائى فقد نص القرآن الكريم على التوبة كعذر معف من العقاب فى شأن جريمة الحرابة[١٩٢]. وذلك فى قوله تعالى: (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض

---

(١٩٠) يلاحظ أن المذهب الحنفى قد عرف أيضاً التقادم كحائل دون اقتضاء الحق فى العقاب فى بعض جرائم الحدود بشروط معينة. أنظر فى تفصيل ذلك: الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج ٤ ص ١٦١ وما بعدها.

(١٩١) وردت كلمة التوبة وما اشتق منها فى القرآن الكريم ست عشرة ومائة مرة فى سور مكية ومدنية، مقرونة فى أغلب الأحوال بوعد الله لعباده بقبولها ومغفرة الذنوب التى يتوب المرء عنها.

(١٩٢) انظر تفصيلا أوفى عن جريمة الحرابة والعقوبات المقررة لها فى الباب الثانى من هذه الدراسة.

فساداً أن يُقَتَّلوا أو يُصَلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنفوا من الأرض ذلك لهم خزىٌ فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) المائدة : ٣٣ ، ٣٤ .

وقد أجمع الفقهاء استناداً إلى نص هاتين الآيتين الكريمتين على أن التوبة سبب لإعفاء المحارب من العقوبة – أو لسقوط الحد عنه – بشرط أن تكون هذه التوبة قبل القدرة عليه . أى قبل أن تصل يد سلطات الدولة إليه (١٩٣) ، أما حقوق العباد كأموالهم التى أخذها المحارب ، أو حق القصاص – إذا إرتكب المحارب جريمة القتل أو الجرح – فإنها لا تسقط بالتوبة وإنما تسقط بالعفو إذا عفا صاحب حق القصاص عن اقتضائه ، أو تنازل صاحب المال عن ماله . وكذلك لاتعتبر التوبة سبباً للإعفاء من عقوبة القذف عند من يقول من الفقهاء إن حد القذف يقع الاعتداء فيه على حق للمقذوف ، وليس على حق للجماعة (١٩٤) . وذلك هو الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى ، وثمة رأى مرجوح يرى أصحابه سقوط حقوق العباد أيضاً – أى بالإضافة إلى الإعفاء من العقاب – عن المحارب إذا تاب قبل القدرة عليه ويستثنى من ذلك وجوب رد الأموال التى يكون المحارب قد أستولى عليها إذا كانت لا تزال باقية لديه بأعيانها (١٩٥)

٤٥ – أثر التوبة فى غير جريمة الحرابة :

أما فى غير جريمة الحرابة فإن للفقهاء مذهبين فى اعتبارها أو عدم اعتبارها سبباً للإعفاء من العقاب .

أما المذهب الأول فيرى أصحابه أن التوبة ليست سبباً للإعفاء من العقاب فى غير جريمة الحرابة . فأثر التوبة – عند هؤلاء الفقهاء – مقصور على مورد النص باعتباره . وقد ورد فى جريمة الحرابة فلا يتعدى إلى غيرها من الجرائم . وذلك هو رأى الظاهرية والحنفية والمالكية وفريق من الشافعية والحنابلة .

ويستدل لهذا الرأى بأن الأمر الوارد فى القرآن الكريم وفى السنة النبوية بتوقيع العقاب جاء عامًّا

---

(١٩٣) ابن حزم ، المحلى ، جـ ١١ ص ١٢٣ حيث ينقل الإجماع على ذلك . وقارن ابن رشد فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ص ٤٩٦ حيث ينقل أن ثمة قول بعدم إسقاط الحد بالتوبة وينسبه إلى القائلين بأن الآية لم تنزل فى المحاربين ، وإن لم يقل من هم ؟

(١٩٤) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٤ ص ٣١٤ ، ٣١٨ (الطبعة الأولى ومع المغنى كتاب الشرح الكبير) .

(١٩٥) ابن رشد ، المصدر السابق ص ٤٩٧ ، وثمة خلاف أيضاً فى مدى تأثير التوبة على عقوبات الجرائم الأخرى (غير القتل والجرح) التى ارتكبها المحارب قبل توبته . والصحيح – عندنا – وجوب إعفائه من عقوبتها مالم يكن الاعتداء فيها واقعاً على حق شخصى .

ولم يخص من هذا العموم من تاب . وقد أمر رسول الله ﷺ برجم ماعز والغامدية وقطع السارق ، وكل هؤلاء قد جاءوا تائبين معترفين بذنوبهم ، ومع ذلك وقع الرسول ﷺ عقوبة الحد عليهم . ويرى أصحاب هذا الرأى أيضاً أن العقوبة هى التى تزجر المجرم عن الجريمة ، والقول بمنع العقاب بسبب التوبة يؤدى إلى إبطال العقوبات كلها لأن كل مجرم لا يعجز عن إدعاء التوبة . وأخيراً فإن أصحاب هذا الرأى لا يرون شبهاً بين المحارب وغيره من المجرمين ؛ لأن المحارب يكون غير مقدور عليه – عادة – فشجّع بجعل التوبة سبباً لإعفائه من العقاب حتى يكف عن الناس شره وفساده ، وليس لهذا المعنى وجود فى غير المحارب ، فلا يجوز جعل التوبة سبباً للإعفاء من العقوبة(١٩٦) .

وأما المذهب الثانى فيرى أصحابه أن التوبة سبب للاعفاء من العقوبة فى الحدود كلها ، تستوى فى ذلك الحرابة وغيرها . ويحتج أصحاب هذا الرأى لرأيهم بأن النص على جعل توبة المحارب سبباً للاعفاء من عقوبة الحرابة يقتضى جعل التوبة سبباً للإعفاء من عقوبة غيرها من الجرائم . وذلك لأن التوبة منعت من توقيع أشد العقوبات وهى المقررة للحرابة ، فمن باب أولى أن تمنع من توقيع غيرها من العقوبات المقررة للجرائم الأخرى . وبأن القرآن الكريم نص على التوبة فى عقوبة الزنى – قبل تشريع الحد – كمانع من العقاب وذلك فى قوله تعالى : (واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما) النساء آية ١٦ (١٩٧) . ويستدلون كذلك بأن القرآن الكريم ذكر حد السارق وذكر معه التوبة فقال : (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه) المائدة آية ٣٩ .

وقد احتج لهذا المذهب الإمام الشافعى فى كتاب الأم ، وحكى معه المذهب الأول ولم يورد له حجة إلا القول بقصر الاستثناء على جريمة الحرابة(١٩٩) .

---

(١٩٦) انظر فى تفصيل ذلك ابن قدامة المغنى ، جـ ١٠ ص ٣١٦ ، وابن حزم ، المحلى ، جـ ١١ ص ١٢٦ وما بعدها ، والكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ص ٩٦ ، والزرقانى فى شرحه على مختصر خليل جـ٨ ص ١٣٨ .

(١٩٧) يرى بعض الفقهاء أن هذه الآية نسخ حكمها بنزول حد الزنى فى سورة النور . ويرى آخرون أن حكم هذه الآية غير منسوخ وأنه خاص بعقاب جريمة الشذوذ الجنسى ، ولنا عود إلى هذا الموضوع فى مناسبة لاحقة . على أنه من الجدير بالذكر أن المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة (الجريمة والعقوبة ص ٢٦٨) يذهب إلى أن الآية تمنع من توقيع عقوبة الحد المقررة فى سورة النور ، وأن تلك العقوبة هى المرادة بلفظ «فآذوهما» . وهذا غير صحيح لأن نص سورة النور متأخر فى النزول عن نص سورة النساء المشار إليه ، ولا يعقل فى منهج التشريع أن يتقرر سبب الإعفاء من العقوبة قبل تقرير العقوبة ذاتها .

(١٩٨) انظر فى تفصيل هذه الحجج : ابن قدامة ، المرجع السابق ، وابن حزم ، المرجع السابق .

(١٩٩) الأم جـ٧ ص ٥١ . وقد عقب الربيع المرادى – تلميذ الشافعى وراويته – على كلام الإمام بقوله : «قول الشافعى رحمه الله تعالى الاستثناء فى التوبة للمحارب وحده الذى أظن أنه يذهب إليه» ويبدو أنه من هنا قال ابن حزم (المحلى جـ ١١ ص ١٢٦) إن الشافعى ذهب فى العراق إلى سقوط الحدود بالتوبة ورجع عن ذلك فى مصر . ولعل سياق كلام الشافعى فى الأم لا يدل على رجوع صريح ، بل هو إلى تأييد القول بسقوط الحدود كلها بالتوبة أقرب .

وانتصر لهذا الرأى أيضاً ابن قيم الجوزية فقال ردًّا على المفرقين بين المحارب وغيره فى الإعفاء من العقاب بالتوبة : «أين فى نصوص الشارع هذا التفريق ؟ بل نصه على اعتبار توبة المحارب قبل القدرة عليه من باب التنبيه على اعتبار توبة غيره بطريق الأولى» ويقول أيضاً : «والله تعالى جعل الحدود عقوبة لأرباب الجرائم ، ورفع العقوبة عن التائب شرعاً وقدراً ، فليس فى شرع الله ولا قدره عقوبة تائب البتة وفى الصحيحين من حديث أنس قال : كنت مع النبى ﷺ فجاء رجل فقال : يا رسول الله : إنى أصبت حداً فأقمه على ، قال – ولم يسأل عنه – فحضرت الصلاة فصلى مع النبى ﷺ ، فلما قضى النبى ﷺ الصلاة قام إليه الرجل فأعاد قوله ، قال : أليس قد صليت معنا ؟ قال : نعم ، قال : فإن الله عز وجل قد غفر لك ذنبك» .

وقد عزا ابن قيم الجوزية هذ الرأى إلى الإمام أحمد بن حنبل فقال : «وهو أحد القولين فى المسألة ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، وهو الصواب»(٢٠٠) .

ويبدو من هذا العرض الموجز لهذين الرأيين أن حجج القائلين بسقوط الحدود بالتوبة – أو إعفاء التائب من العقوبة – أرجح من حجج القائلين بالرأى الآخر. ولعله مما يشهد لذلك الرأى إحتفاء القرآن الكريم بالتوبة وتكرار النص عليها أكثر من مائة مرة حتى لا تكاد تخلو آية فيها ذكر ذنب من ذكر التوبة معه ، والترغيب فيها والحضّ عليها ، وفى ذلك تنبيه لا يخفى إلى وجوب أن يكون للتوبة أثرها فى المؤاخذة على الذنوب ، دنيوية كانت هذه المؤاخذة أو أخروية . فأما فى الآخرة فإن الله يغفر الذنب ولا يعذب عليه (وإنى لغفّار لمن تاب وآمن وعمل صالحاً ثم اهتدى) طه آية ٨٢ . وأما فى الدنيا فيمتنع العقاب باعتبار التوبة عذراً معفياً منه .

ولا يعترض على هذا الرأى بأنه يفتح الباب لعدم العقاب على الجرائم بادعاء كل جان توبته مما اقترفت يداه ، لأننا حين نقول باعتبار التوبة عذراً معفياً من العقاب لا نقول بمنع القاضى من وزن هذه التوبة بميزان الواقع ، ولا نحول بينه وبين تقديرها – من حيث الصحة أو الادعاء – فى ضوء ما يثبت لديه من أدلة وقرائن . فإذا تبين للقاضى أنها وسيلة يلجأ إليها من تكرر وقوعه فى وهدة الجريمة ليدرأ عن نفسه عقوبتها ، فلا تثريب على القاضى – عندئذ – أن يهدر هذه التوبة المدعاة ولا يعتد بها فى منع العقاب وخير – فى نظرنا – أن يخطئ القاضى فيحكم بامتناع العقاب للتوبة – ولو لم تكن

(٢٠٠) ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، جـ ٢ ص ٩٧ – ٩٨ (٧ القاهرة ١٩٦٨) وقد رد ابن قيم الجوزية الاستدلال بحديث ماعز والغامدية على عدم إسقاط التوبة للحد بما نقله عن شيخ الإسلام ابن تيمية من أن «التوبة مطهرة والحد مطهر ، وهما اختارا التطهير بالحد على التطهير بالتوبة . . . وقد أرشد النبى إلى اختيار التطهير بالتوبة» (ص ٩٨ باختصار) وقد جعل الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله هذا الرأى مذهبها فى المسألة محل البحث ، وهذا الفهم محل نظر (التشريع الجنائى جـ ١ ص ٣٥٥) .

صادقة– من أن يوقع العقاب مهملاً إعتبار التوبة– التى قد تكون صادقة– لأن مآل مدعى التوبة– غالباً– أن يكشف أمره فى جريمة أخرى ، وعندئذ لن تحول دعوى التوبة دون عقابه ، أما توقيع العقاب على صادق التوبة فخطأ لا سبيل بعد وقوعه إلى إصلاحه .

ولسنا فى ترك تقدير التوبة إلى القاضى فى ضوء ظروف الواقع وفى ضوء ما يقدم فى الدعوى من أدلة وقرائن بمبتدعين ، فقد جعل المالكية والحنابلة للقاضى ألا يقبل توبة الزنديق [وهو الذى يخفى كفره ويعلن الإسلام] وفرقوا فى ذلك بينه وبين المرتد الذى أظهر الردة ، وعللوا ذلك بأن الزنديق لا يمكن التيقن من صدق توبته[٢٠١] وهذا مثل قولنا فيمن يتكرر ارتكابه الجرائم ، أنه لا يعرف صدق توبته ، فيكون للقاضى ألا يعتد بها .

والتوبة كسبب للإعفاء من العقاب لا أثر لها إلا فى الجرائم التى يعتبر الاعتداء فيها واقعاً على حق للجماعة . أما الجرائم التى يقع فيها الاعتداء على حق للفرد فإن التوبة لا تمنع العقاب عليها ، وإنما يمنع ذلك العفو ، وهو ما نناقشه بعد قليل .

ولا أثر للتوبة كذلك على العقوبة التى يقررها الإمام– أو السلطة المختصة فى الدولة– لجرائم التعزير ، اللهم إلا أن ينص على ذلك ، إذ أمر العقاب على هذه الجرائم أو الإعفاء منه مفوض إلى السلطة المختصة فى الدولة ويجب على القاضى أن يلتزم ما تقرره فى هذا الشأن .

٤٦– ملاحظات على فكرة التوبة :

ونستطيع فى ضوء ما تقدم بيانه أن نلاحظ الأمور الآتية :

أولا : إن الأخذ بنظام التوبة يتيح فرصة للإقلال من توقيع العقاب فى جرائم الحدود ، وتلتقى فكرة التوبة فى هذا الخصوص مع فكرة درء العقوبات بالشبهات فى أثر كل منهما على حالات توقيع العقوبة القضائية والرغبة الواضحة فى الفقة الإسلامى– بعامة– فى التقليل ما أمكن من هذه الحالات .

ثانياً : إن التوبة كسبب للإعفاء من العقاب ينصرف أثرها إلى العقوبة فقط دون أن تمتنع أوجه المساءلة الأخرى عن فعل الجانى وخاصة المساءلة المدنية المتمثلة فى تعويض من أصابه الضرر من الجريمة أو فى رد ملكه إليه .

ثالثاً : إن التوبة توجب الإعفاء من العقوبة إذا كان الجانى يحاكم لأول مرة ، أما من تكرر وقوع

---

(٢٠١) انظر الموطأ للإمام مالك ، ص ٤٥٨ – ٤٥٩ (طـ كتاب الشعب بالقاهرة) والمغنى لابن قدامة جـ ١٠ ص ٧٨ ، والفروق للقرافى جـ ٤ ص ١٥١ حيث نقل قول المالكية فى عدم قبول توبة الزنديق والساحر .

الجريمة منه فإن التوبة لا تعتبر عذراً معفياً فى حقه إلا إذا قدر القاضى غير ذلك ، أى أن الإعفاء من العقوبة بسبب التوبة هو إعفاء وجوبى فى المرة الأولى ، وجوازى بعد ذلك .

رابعاً : إن الإعفاء من العقوبة المقرر فى جريمة الحرابة بنص القرآن الكريم يماثله ما تقرره النظم الجنائية الحديثة من الإعفاء من العقوبة المقررة بالنسبة للمتهمين فى جرائم أمن الدولة . ومن ذلك الإعفاء الذى نصت عليه المادة ٨٤ أ عقوبات مصرى لمن «مكن السلطات من القبض على مرتكبى الجريمة الآخرين أو على مرتكبى جريمة أخرى مماثلة لها فى النوع والخطورة» وكذلك الإعفاء المقرر فى المادة ١٠١ عقوبات مصرى لمن دل الحكومة بعد بدئها فى البحث والتفتيش عن البغاة على الوسائل الموصلة للقبض عليهم .

ومثل هذا الإعفاء مقرر أيضاً بنص المادة ٢٣ من قانون أمن الدولة السودانى (القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٣) والتى نصها «يعفى من العقوبات المقررة للجرائم الواردة فى هذا القانون كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات المختصة قبل البدء فى تنفيذ الجريمة ، ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة إذا حصل البلاغ بعد إتمام الجريمة ويجوز ذلك إذا مكن الجانى فى أثناء التحقيق السلطات من القبض على مرتكبى الجريمة الآخرين أو على مرتكبى جريمة أخرى مماثلة لها فى النوع والخطورة» .

ولعل الفارق الأساسى بين التوبة فى جرائم الحرابة والإبلاغ فى جرائم أمن الدولة هو إطلاق التوبة ، فلا يشترط فيها أن تؤدى إلى ضبط جناة آخرين أو كشف جرائم أخرى فى حين أن الإبلاغ فى جرائم أمن الدولة مقيد بأحد هذين القيدين .

وهكذا نكون قد انتهينا من دراسة التوبة وأثرها فى الإعفاء من العقاب فى جرائم الحدود ، وفيما تقرر السلطة التشريعية فى الدولة اعتبارها سبباً للإعفاء فيه من جرائم التعزير .

ونتنقل بعد ذلك إلى دراسة العفو وأثره على الحق فى العقاب .

٤٧ – العفو وأثره على الحق فى العقاب :

قدمنا أن حق الدولة الناشئ عن الجريمة فى عقاب مرتكبها قد يقتضى توقيع العقوبة عليه تنفيذاً لحكم قضائى يؤكد نسبة الجريمة إلى الجانى ويقرر العقوبة ، وقد ينقضى هذا الحق دون اقتضاء إذا عرض له سبب من الأسباب التى تحول بين الدولة – صاحبة الحق – وبين المضى فى الإجراءات المؤدية إلى اقتضائه . وقد ذكرنا أن من بين هذه الأسباب العفو الشامل أو العام والصلح (أو التصالح) والصفح .

وقد سبق أن ناقشنا العفو العام أو الشامل وبيّنا أثره على حق الدولة فى العقاب . أما ما تسميه

النظم الجنائية المعاصرة (وبالذات بعض التشريعات الجنائية العربية) بالصفح أو الصلح فهو ما يعرف فى الفقه الجنائى الإسلامى باسم العفو. والعفو سبب من الأسباب الحائلة بين الدولة وبين اقتضاء حقها فى العقاب، ولكنه سبب خاص ببعض الجرائم دون بعض، وذلك على أساس ما سبق أن ناقشناه من كون الاعتداء فى بعض الجرائم يقع على حق الله - أو حق الجماعة - فلا يملك أحد فيها العفو، أو يقع على حق شخصى لفرد أو أكثر، ومن ثم يملك هؤلاء العفو عن حقهم.

وعلى ذلك فجرائم الحدود لا يؤثر العفو على الحق فى اقتضاء العقوبة المقررة لها، فكلما ثبت ارتكاب شخص لجريمة من جرائم الحدود وجب المضى فى إجراءات اقتضاء الحق فى العقاب حتى تنتهى إلى غايتها وهى توقيع العقاب على الجانى. وذلك لقول الله تعالى: (تلك حدود الله فلا تعتدوها) البقرة آية ٢٢٩ (٢٠٢).

وجرائم التعزير تنقسم إلى ما يجوز فيه العفو، وهو ما وقع فيه الاعتداء على حق فردى. وما لا يجوز فيه العفو وهو ما يقع فيه الاعتداء على حقوق الجماعة. وقد سبق لنا تفصيل الكلام فى هذه المسألة بمناسبة تعرضنا لتقسيم الجرائم تبعاً لتقسيم الحق المعتدى عليه إلى حق الله وحق العبد، والأصل الذى ينبنى عليه هذا الرأى هو قول الله تعالى: (فمن عفا وأصلح فأجره على الله) الشورى: ٤ (٢٠٣).

والعفو جائز فى جرائم الاعتداء على الأشخاص بالقتل أو الجرح أو الضرب، وهى الجرائم التى اصطلح الفقه الإسلامى على تسميتها بجرائم القصاص والدية. وهذا العفو مقرر لصاحب الحق المعتدى عليه سواء كان هو المجنى عليه فى جرائم الجرح والضرب. أو ورثته أو أولياؤه - فى جرائم القتل - وذلك أخذاً من قول الله تعالى فى شأن القصاص: (فمن عُفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان) البقرة: ١٧٨. وكذلك رغب رسول الله ﷺ فى العفو فى كل أمر فيه قصاص (٢٠٤).

والعفو عن الحق فى اقتضاء عقوبة القصاص قد يكون مقابل الدية وهو ما يعتبره الإمامان أبو حنيفة ومالك - فى الراجح من مذهبه - صلحاً، وقد يكون بغير مقابل وهو العفو - عندهما - بالمعنى الصحيح. وهما يفرقان بين الحالتين باعتبار أن الجانى لا يلزم بالدية إلا إذا قبلها وما كان محتاجاً

(٢٠٢) انظر ما يأتى فى خصائص عقوبات الحدود.

(٢٠٣) انظر ماسبق فقرة ٣١، وما سوف نبينه تفصيلا عن أصل نظام التعزير فى الفقه الجنائى الإسلامى.

(٢٠٤) انظر مشكاة المصابيح، جـ ٢ ص ٢٦٥. وفى تفصيل مدى جواز العفو فى القصاص الدكتور أحمد محمد إبراهيم، القصاص، القاهرة ١٩٤٤، ص ١٨٤ - ١٩١.

إلى قبول الجانى فهو صلح لا عفو[٢٠٥] أما عند الشافعى وأحمد فلا فرق بين العفو والصلح ولا حاجة لرضاء الجانى إذا رأى المجنى عليه أو أولياؤه العفو عن القصاص وطالبوا بالدية[٢٠٦].

وكما يجوز العفو عن الحق فى اقتضاء القصاص يجوز العفو عن الحق فى الدية.

والعفو فى جميع الحالات هو عفو عن العقوبة لا عن الجريمة. وعفو عن الحق الشخصى فى اقتضاء العقوبة، فيجوز أن يعاقب الجانى تعزيراً عن الجريمة التى عنى فيها المجنى عليه أو وليه عن الحق فى القصاص أو الدية، إذا رأت السلطة المختصة فى الدولة اقتضاء حق الجماعة (أو الحق العام) فى العقاب[٢٠٧].

٤٨ – العفو والصلح فى بعض التشريعات الجنائية العربية :

أباحت التشريعات الجنائية لكل من الكويت والعراق والبحرين والسودان العفو عن جرائم معينة مغلبة فى ذلك المصلحة الشخصية للمجنى عليه على المصلحة العامة المتمثلة فى أقتضاء الدولة حقها فى العقاب.

فتنص المادة ٢٤٠ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتى على أنه «فى الجرائم التى يشترط لرفع الدعوى فيها صدور شكوى من المجنى عليه، وكذلك فى جرائم الإيذاء والتعدى التى لا تزيد عقوبتها على الحبس لمدة خمس سنوات، وجرائم انتهاك حرمة الملك والتخريب والإتلاف الواقع على أملاك الأفراد، والتهديد وابتزاز الأموال بالتهديد، يجوز للمجنى عليه أن يعفو عن المتهم أو يتصالح معه على مال قبل صدور الحكم أو بعده ويسرى على هذا الصلح شروط الشكوى من حيث الشكل ومن حيث أهلية التصالح».

ويلاحظ على هذا النص – أولاً – أن التصالح على مال المشار إليه فيه إنما هو تصالح على حق مدنى يتمثل فى تعويض الضرر الناشئ عن الجريمة، ولا يعتبر هذا المال غرامة، إذ للغرامة مفهومها الجنائى الذى تختلف فيه عن المفهوم المدنى للتعويض[٢٠٨] فى وجوه متعددة لعل أهمها أيلولة المال

(٢٠٥) علاء الدين الحصكفى، شرح الدر المختار، جـ ٢ ص ٤٣٧ (ط القاهرة بدون تاريخ) الشيخ الدردير، الشرح الكبير، جـ ٤ ص ٢٣٩ – ٢٤٠ (ط القاهرة بدون تاريخ).

(٢٠٦) المهذب للشيرازى، جـ ٢ ص ١٨٨ (ط القاهرة بدون تاريخ) ومنار السبيل للشيخ إبراهيم بن ضويان، جـ ٢ ص ٣١٥ – ٣١٦ (ط الكتب الإسلامى بدمشق بدون تاريخ).

(٢٠٧) الماوردى، الأحكام السلطانية، ص ٢٣٧، ابن قدامة، المغنى جـ ١٠ ص ٣٤٩.

(٢٠٨) انظر الدكتور عبد الفتاح الصيفى، حق الدولة فى العقاب، ص ١١٨.

المحكوم به كغرامة إلى الخزانة العامة للدولة ، وأيلولة التعويض المدنى – اتفاقيًّا كان أو قضائيًّا – إلى ذمة من أصابه الضرر من الجريمة أو الفعل الضار .

ويلاحظ على هذا النص – ثانياً – تفريقه بين صورتى العفو عن المتهم بلا مقابل ، وصورة التصالح على مال . ولعل ذلك – خصوصاً فى جرائم الإيذاء والتعدى – جاء استجابة من المشرع الكويتى إلى فقه مذهب الإمام مالك – وهو المذهب السائد فى الكويت – الذى يفرق بين العفو والصلح فيجعل الأول مجاناً والثانى بمقابل على نحو ما أشرنا إليه من قبل .

وتنص المادة ٢٤١ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتى على أنه «فى غير الجرائم التى يشترط لرفع الدعوى فيها شكوى المجنى عليه ، لا يترتب على الصلح أو العفو الفردى آثاره إلا بموافقة المحكمة» . والأثر المترتب على الصلح أو العفو هو نفس الأثر المترتب على الحكم ببراءة المتهم(٢٠٩) .

أما المشرع العراقى فقد أورد الأحكام الخاصة بالعفو (يسميه الصفح) فى المادة ٢٥٥ من قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادى . وأوردها المشرع البحرينى فى المادة ١٨٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية مستخدماً مصطلح التصالح (بدلاً من العفو أو الصلح) . وأوردها المشرع السودانى فى المادة ٢٨٦ من قانون الإجراءات الجنائية السودانى (القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٤) مستخدماً مصطلحى الصلح والتصالح .

وأهم الفروق بين مسلك المشرعين العراقى والبحرينى والسودانى ، وبين مسلك المشرع الكويتى هو عناية الأولين بالتفصيلات ، وتوسيعهم من نطاق الجرائم التى يجوز فيها الصلح أو التصالح أكثر من المشرع الكويتى (والمشرع السودانى أكثر عناية بالتفصيلات من غيره)(٢١٠). ونلاحظ فى هذا الخصوص أن المشرعين العراقى والبحرينى والسودانى لم يفرقوا بين الصلح على مال والعفو بلا مقابل كمثل ما فعل المشرع الكويتى . ويرى بعض الفقهاء أنه ليس ثمة ما يحول دون تحقق الصلح مقترناً بحصول المجنى عليه على مبلغ من المال يحدده بالاتفاق مع الجانى(٢١١). وعندنا أنه إذا كان مسلك المشرع العراقى يحتاج فى هذا الصدد إلى الاستناد إلى إطلاق النص ومفهومه ، فإن مسلك المشرع البحرينى واضح الدلالة على مقصده إذ عبر بلفظ «التصالح» وهو تفاعل يقتضى اتفاق إرادتين على إتمامه ، ولم يقيد النص هاتين الإرادتين بشىء فلهما أن تلتقيا على ما شاء أصحابهما ، فإن التقيا على

---

(٢٠٩) المرجع السابق ص ١١٩ .

(٢١٠) انظر بتفصيل واف الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ١١٦ – ١١٩ وذلك فيما يتعلق بالقانون العراقى والبحرينى .

(٢١١) المصدر السابق ص ١١٨ .

تنازل صاحب الحق عن حقه فجائز ، وإن التقيا على تعويض يدفعه الجانى للمجنى عليه فجائز كذلك . وذلك ينطبق أيضاً على موقف المشرع السودانى (انظر ف ٣ من المادة ٢٨٦ إجراءات سودانى) .

ومما يجدر ذكره كذلك أن التشريع العراقى والبحرينى لا يجيزان الصلح بعد صدور حكم بات بالإدانة (م ٢٥٥/ ٤ إجراءات بغدادى) و(م ١٨٦ / ٥ إجراءات بحرينى) ، فى حين يجيز الصفح بعد صدور حكم بات بالإدانة المشرع الكويتى والمشرع السودانى .

وذلك فى القانون الكويتى بأن يتقدم المجنى عليه بطلب إلى المحكمة التى أصدرت الحكم لتنظر فيه (م ٢٤١ / ٢ إجراءات كويتى) . وفى القانون السودانى بإذن السلطة التى يقدم إليها الاستئناف أو التى لها صلاحية طلب الإجراءات طبقاً للمادة ٢٥٧ إجراءات (م ٢٨٦ / ٤ إجراءات سودانى) وهذه الجهة هى المحكمة العليا أو محكمة الاستئناف أو قاضى المديرية أو قاضى الدرجة الأولى على حسب الأحوال [٢١٢] .

وقد يصح تعليل مسلك التشريعين العراقى والبحرينى بالرغبة فى استقرار الأحكام ، أو بأن الحق فى العقاب وقد تأكد بحكم الإدانة فلا مجال للتشكيك فيه بإباحة الصفح أو العفو . كما قد يصح تعليل مسلك المشرع الكويتى والمشرع السودانى بالإمعان فى تغليب المصلحة الشخصية للمجنى عليه على المصلحة العامة ، أو بالرغبة فى محو كل أثر تتركه الجريمة فى نفوس أطراف الواقعة الجنائية بفتح باب التراضى بينهم ، ولو كان قد صدر بالفعل حكم بالعقوبة .

ويبدو من مسلك هذه التشريعات العربية الأربعة التأثر الواضح بصنيع الشريعة الإسلامية وفقهها الجنائى الذى يبيح العفو أو الصلح عن الحق الشخصى فى العقاب فى الجرائم التى يصيب فيها الاعتداء - أساساً - حقًّا فرديًّا لا حقًّا عامًّا للجماعة .

---

(٢١٢) طلب الإجراءات ، هو التعبير الذى يستخدمه المشرع السودانى للدلالة على سلطة إعادة النظر ، انظر محمد محى الدين عوض ، القانون الجنائى المصدر السابق ذكره ، جـ ٢ ص ٥٦٠ - ٥٦٢ .

البَابُ الثانى

جرائم الحدود وعقوباتها

٤٩ – تمهيد وتقسيم : الجرائم والعقوبات :

نعرض فى هذا الباب لأحكام جرائم الحدود وعقوباتها فى النظام الجنائى الإسلامى . والجرائم فى النظام الجنائى الإسلامى إما جرائم حدود وإما جرائم قصاص أو دية وإما جرائم تعزيرية . والتقسيم ذاته يجرى فى العقوبات إذ هى مقررة لهذه الجرائم ولازمة لها .

وجرائم الحدود والقصاص محدودة العدد مقررة بنص من الشارع ، سواء كان النص فى القرآن الكريم أو فى السنة النبوية الشريفة ، وكذلك عقوباتها قدرها الشارع بالقرآن أو بالسنة . ومن ثم فلا تتصور الزيادة على جرائم الحدود أو القصاص ، ولا يتصور النقص منها . وكذلك ليس ثمة مجال للتعديل فى العقوبات المقررة لها زيادة أو نقصاناً أو عفواً أو تخفيفاً . ويستثنى من ذلك جواز عفو المجنى عليه أو الأولياء – بحسب الأحوال – فى جرائم القصاص عن العقوبة ، سواء كان العفو على مال (دية) أو على غير مال .

أما جرائم التعزير ، فالفكرة الشائعة عنها أنها غير مقدرة العقوبات ، وأن الجرائم ذاتها غير محددة أصلاً . فهى متروكة لتحكم القضاة أو ولاة الأمر ، يفعلون فيها ما يشاءون . غير أن مقدار الصواب فى هذه الفكرة الشائعة محدود بلا شك . فثمة ضوابط لجرائم التعزير وضوابط لتوقيع العقوبات عليها . . يتحراها المشرع والقاضى فى كل زمان ومكان وسوف نبيّن ذلك بالتفصيل عند دراستنا لهذه الجرائم وعقوباتها إن شاء الله .

وفى دراستنا لأحكام الجرائم والعقوبات سوف نعالج الأقسام الثلاثة المشار إليها ، على أننا لن نتوقف طويلاً عند الجزئيات والتفصيلات ، وإنما سنكتفى بالمبادئ العامة التى تحكم كل قسم ، وندلى برأينا فى مواضع الخلاف بين الفقهاء حيث نظن أن لإبداء الرأى فائدة عملية فى الظروف المعاصرة وفى ضوء المنهج الذى إرتضيناه فى هذه الدراسة والذى سبق أن فصلنا الكلام فيه .

وعلى هدى هذه الخطة فإن جل اهتمامنا سوف ينصب فى دراسة الجرائم والعقوبات على دراسة القسم الثالث من أقسامها ، وهو جرائم وعقوبات التعزير ، الذى لم يحظ حتى الآن – فى تقديرنا – بدراسة تأصيلية تيسّر الإفادة منه فى صنع النظم الجنائية الحديثة فى البلاد العربية والإسلامية ، وسوف يكون ذلك هو موضوع الباب الرابع فى هذه الدراسة .

أما جرائم الحدود وعقوباتها فإن أهم ما يعنينا بشأنها هو مناقشة ما يذهب إليه جمهور الكاتبين فى

الفقه الجنائى الإسلامى فى حصرها . ذلك أن الناظر فى كتب الفقه الإسلامى يجد جماهير الكتّاب يتفقون على أن جرائم الحدود ست : هى الردة وشرب الخمر والسرقة والحرابة والقذف والزنى . ويضيف بعض الفقهاء إلى هذه الجرائم جريمة البغى ، فى حين ينقص بعضهم جريمة شرب الخمر . وعلى ذلك كان لابد أن نبدى رأينا فى هذا الحصر لنبين ما يصح وما لا يصح أن يعتبر من جرائم الحدود . ومن ثم فقد انقسم هذا الباب إلى فصلين : خصصنا أولها لدراسة الجرائم التى لا نرى إدخالها فى نطاق جرائم الحدود ، وخصصنا ثانيهما لجرائم الحدود بالمعنى الصحيح .

ولعل أهم ما تعرضت له دراستنا لجرائم القصاص وعقوباتها هو وضع هذه الجرائم بين الخطأ المدنى الذى ينشئ حقًّا فى التعويض لمن أصابه الضرر ، وبين الجريمة الجنائية التى تنشئ حقًّا للدولة فى العقاب عليها ، بالإضافة إلى ما رجحناه فى بعض المسائل الخلافية ذات الأهمية العملية فى العصر الحديث وقد كان ذلك كله هو موضوع الباب الثالث من هذه الدراسة .

وعلى ذلك فإن دراسة الجرائم والعقوبات سوف تتضمنها الأبواب التالية :

الباب الثانى : فى جرائم الحدود وعقوباتها ، وهذا الباب بدوره ينقسم إلى فصلين . الأول : فى جرائم البغى وشرب الخمر والردة ، والثانى فى جرائم السرقة والحرابة والقذف والزنى .

والباب الثالث : فى جرائم الإعتداء على الأشخاص بالقتل أو الضرب أو الجرح وهى جرائم القصاص والدية .

والباب الرابع : فى جرائم التعزير وعقوباتها .

ومن الجدير بالبيان هنا أن الأفكار الأساسية وجُلّ المادة العلمية المكونة لهذه الأبواب هى مما سبق لنا أن عرضناه فى رسالتنا التى حصلنا بها على الدكتوراه فى القانون من جامعة لندن سنة ١٩٧٢ م والتى كان عنوانها :

The Theory of Punishment in Islamic Law: A Comparative Study

وقد قدمت هذه الرسالة إلى جامعة لندن فى ١٠ من يناير عام ١٩٧٢ م ونوقشت فى ٢٥ من مايو عام ١٩٧٢ م .

٥٠ – تعريف جرائم الحدود :

الجريمة فى لغة الفقة الجنائى الإسلامى هى فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه . ويعرّف الماوردى الجرائم بقوله : «هى محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير»[١] . وكون الزجر

---

(١) الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ٢١٩ .

عن الفعل أو الترك بحد أو تعزير إنما هو من باب التمثيل فقط ، وبذلك يدخل فى هذا التعريف الجرائم التى زجر الله عنها بعقوبات القصاص أو الدية وهى جرائم الإعتداء على الأشخاص .

هذا هو تعريف الجريمة بوجه عام ، أما تعريف جرائم الحدود ، فقد جاء فيه أنها « محظورات شرعية زجر الله عنها بعقوبة مقدرة تجب حقًّا لله تعالى »[٢] . وكلمة « الحد » فى الفقه الإسلامى تطلق على الجرائم التى ذكرنا تعريفها ، وتطلق كذلك على عقوباتها .

أما كون الحدود عقوبات تجب حقًّا لله تعالى ، فيعنى أنها ترجع منفعة توقيعها إلى مجموع الأمة أو ما يسمى الآن بالمصلحة العامة . فكل جريمة تعود المصلحة فى عقابها إلى مصلحة الأمة العامة تعتبر من جرائم الحدود ، وتعتبر كذلك واجبة العقاب حقًّا لله تعالى . وكل عقوبة واجبة حقًّا لله تعالى لا يجوز تخفيضها ولا العفو عنها . فهذه ثلاثة عناصر تميز عقوبات جرائم الحدود :

١ - وجوبها تحقيقاً للمصلحة العامة .

٢ - عدم جواز الزيادة فيها أو النقص منها .

٣ - عدم جواز العفو عنها لا من قبل القاضى أو السلطة السياسية ولا من قبل المجنى عليه فيها .

ومعنى كون العقوبة مقدرة ، أن الله سبحانه وتعالى قد نص عليها فى القرآن الكريم كما هو الشأن فى عقوبة السرقة والزنى والقذف والحرابة ، أو نص الرسول ﷺ عليها فى السنة النبوية ، كما هو الشأن فى عقوبة الزانى المحصن حيث قررت السنة له عقوبة الرجم .

فكل عقوبة مقدرة على هذا النحو ، يعود النفع فى توقيعها إلى مصلحة الجماعة المسلمة ، هى من عقوبات الحدود . وكل جريمة تخلّف فى عقوبتها أحد هذين العنصرين أو كلاهما ، فهى ليست من جرائم الحدود . فقد تكون من جرائم القصاص أو من جرائم التعزير .

على أن من جرائم القصاص والتعزير ما تعود منفعة توقيع العقوبة عليه ، فى بعض الحالات ، إلى مصلحة الجماعة المسلمة إلا أن جرائم القصاص يدخلها العفو ، وجرائم التعزير غير مقدرة العقوبات ، ولذلك خرج كلاهما من أن يكون معدوداً فى جرائم الحدود .

وعلى ضوء ما تقدم فإنه يكون بإمكاننا أن نعرض لمناقشة الجرائم التى يدخلها الإتجاه السائد فى الفقه الإسلامى بين جرائم الحدود وهى جرائم البغى وشرب الخمر والردة ، وذلك فى الفصل الأول من هذا الباب ، ثم نناقش جرائم الحدود بالمعنى الصحيح وهى جرائم السرقة والحرابة والقذف والزنى فى الفصل الثانى .

---

(٢) الكاسانى . بدائع الصنائع . جـ ٧ ص ٣٣-٥٦ ، والحصكفى . شرح الدر المختار ، جـ ١ ص ٤٢٥ .

الفصل الأول

ما لا يعتبر من جرائم الحدود

١ – البغى
٢ – شرب الخمر
٣ – الردة

البغى

٥١ – تعريف :

يعرف الفقهاء البغى بأنه « خروج طائفة مسلحة لهم إمام وشوكة على الحاكم الشرعى بغية عزله عن الحكم ، بتأويل ولو بعيد المأخذ »(٣) .

وشرح هذا التعريف ، أن طائفة من المسلمين ينقمون على الحاكم الشرعى بعض التصرفات التى يظنونها مخالفة لبعض النصوص الشرعية ، فيخرجون عليه محاولين عزله وتولية غيره ، تحقيقاً لحكم الشرع فى ظنهم . وهم يعتبرون « بغاة » مهما كان الفهم الذى اعتمدوا عليه فى خروجهم بعيداً عن ظاهر النصوص القرآنية والحديثية التى رأوا أن الحاكم مخالف لها(٤) .

٥٢ – أحكام البغاة :

فإذا وقع ذلك فإن للحاكم المسلم ، وللأمة معه أن تحارب هؤلاء البغاة حتى يرجعوا عما عزموا عليه . وحربهم لا يقصد بها قتلهم بل كفهم ، ولذلك لا يجهز على جريحهم ، ولا يتبع مدبرهم ، ولا يؤاخذون بما أهلكوا من الأموال أو أتلفوا من الأنفس فى أثناء خروجهم(٥) .

والأصل فى قتال البغاة قول الله تعالى : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين . إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون » الحجرات ٩ – ١٠ .

فواضح أن القتال هنا القصد منه الإصلاح بين المختلفين من فئات المؤمنين ، وقد سماهم الله إخوة وأمر بالإصلاح بينهم مع القسط وهو العدل الذى يرضى الله ورسوله .

فإذا نظرنا إلى ذلك كله ، وإلى فعل الصحابة رضى الله عنهم فى قتال الخوارج حيث بيّن الإمام

---

(٣) عناصر هذا التعريف موضع اتفاق بين الفقهاء . والصياغة فقط هى علمنا فيه . انظر المغنى ، جـ ١٠ ص ٥٢ (طـ المنار) . والخطيب الشربينى ، مغنى المحتاج . جـ ٤ ص ١٢٣ (القاهرة ١٩٥٨) . وابن نجيم . البحر الرائق جـ ٣ ص ١٥٠ . والخرشى شرح مختصر خليل . جـ ٥ ص ٣٠٢ – ٣٠٤ ، ومحمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق . جـ ٢ ص ٢٧٨ .

(٤) مغنى المحتاج . جـ ٤ ص ١٢٤ ، البحر الرائق . جـ ٣ ص ١٥٠ ، فقه الإمام جعفر الصادق . جـ ٢ ص ٢٧٨ .

(٥) حاشية العدوى على مختصر خليل (بهامش شرح الخرشى) جـ ٥ ص ٣٠٢ . والبحر الرائق . جـ ٣ ص ١٥٢ .

على بن أبى طالب مذهب الصحابة فيهم بقوله لهم : « لكم علينا ثلاث ؛ ألا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ، وألا نمنعكم الفىء مادامت أيديكم مع أيدينا ، وألا نبدأكم بقتال ما لم تبدؤونا »(٦) .

والعبارة واضحة فى جعل الإمام على بن أبى طالب رضى الله عنه إياهم جزءاً من المسلمين ، بل قبوله إياهم فى جيشه وكفه عنهم ما كفوا عنه ، وذلك دليل على أنهم ليسوا بمرتكبى جريمة ، أما حين يخرجون بالقتال ضد الإمام أو الحاكم ، فقتالهم – كما بيّنا – لدفعهم لا لقتلهم ولا لعقوبتهم(٧) .

وإباحة القتال هنا ضد هؤلاء البغاة إنما هو من باب ما يسمى فى الشريعة الإسلامية « دفع الصائل » أو « الدفاع الشرعى العام » . ولا يلزم من إباحة الدفاع الشرعى كون الفعل المدافع ضده جريمة . فمن المتفق عليه أن على المسلم دفع ما يتوقع من ضرر على نفسه أو ماله ، أو نفس غيره أو ماله ، من جراء فعل أو ترك يرتكبه الصبى غير المميز أو المجنون أو حتى الحيوان الأعجم . وفعل كل أولئك لا يوصف بأنه جريمة ولا يمكن اعتباره محلا للعقاب ، ودفعه من باب دفع الصيال ، أو الدفاع الشرعى(٨) .

فكذلك لا يمنعنا كون فعل البغاة ليس جريمة من دفعه ولو بقتالهم . ولا يُلزمنا دفعه أن نعتبره جريمة ونجعل قتالهم عقوبة ، حدًّا أو غير حد .

ولذلك اتفق الفقهاء على أنه إذا تمكن الإمام – الحاكم الشرعى – من دفع شر البغاة وضررهم بدون القتل لم يجز له قتلهم(٩) .

وذلك أيضاً هو سبب اتفاق الفقهاء على أن ما أتلفه البغاة فى أثناء خروجهم على الإمام من أموال المسلمين فلا يضمنونه (أى لا يعوضون أصحابه عنه) وما أتلفوه من الأنفس (أى بالقتل أو الجرح) لا يقتص منهم به(١٠) ولو كان فعل البغاة جريمة لضمنوا ما أتلفوا من الأموال ، ولوجب عليهم القصاص فيما أصابوا من الأنفس بقتل أو جرح .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أنه يجب على الحاكم الشرعى أن يدعو البغاة إلى العودة إلى جماعة المسلمين ولزوم طاعة إمامهم وذلك أخذاً من صنيع على رضى الله عنه مع الخوارج(١١) وليس لهذا

---

(٦) هذه العبارة نقلتها عن على رضى الله عنه معظم المراجع الفقهية : أنظر مثلا : السرخسى ، المبسوط ، جـ ٩ ص ١٢٥ (ط القاهرة ١٣٢٤ هـ) .

(٧) المغنى . جـ ١٠ ص ٥٣ – ٥٤ .

(٨) و (٩) المرجع السابق . والمبسوط للسرخسى ، جـ ٩ ص ١٢٨ .

(١٠) المبسوط . جـ ٩ ص ١٢٧ – ١٢٨ .

(١١) المغنى . جـ ١٠ ص ٥٤ . شرح الخرشى ، جـ ٥ ص ٣٠٢ ، الزيلعى . تبيين الحقائق ، جـ ٣ ص ٢٩٤ ، المرغينانى . الهداية . ص ٩٨ .

الحكم نظير فى مرتكب أى من جرائم الحدود أو غيرها . وإنما حكم من ثبتت عليه الجريمة أن توقع عليه عقوبتها مالم يقم سبب من الأسباب المانعة من العقاب أو عذر من الأعذار المعفية منه .

وقد فهم بعض الفقهاء – بحق – من أحكام البغاة المتقدم ذكرها « أن أهل البغى ليسوا بفسقة ، كما أنهم ليسوا بكفرة . لأنهم إنما خالفوا بتأويل جائز باعتقادهم لكنهم مخطئون فيه ، وليس اسم البغى ذمًّا ، والأحاديث الواردة فيما يقتضى ذمهم . . . محمولة على من خرج عن الطاعة بلا تأويل أو بتأويل فاسد قطعا »(١٢).

وفى بعض مذاهب الفقهاء أنه إذا خرج البغاة على الإمام « لظلم ظلمهم فهم ليسوا من أهل البغى وعليه أن يترك الظلم وينصفهم ، ولا ينبغى للناس أن يعينوا الإمام عليهم لأن فيه الإعانة على الظلم . ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الإمام أيضاً لأن فيه إعانتهم على الخروج على الامام »(١٣) وجرياً على مثل هذا الرأى قال الإمام مالك رضى الله عنه : « إن كان الإمام مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذبُّ عنه والقتال معه ، وأما غيره فلا ، دعه وما يراد منه ، ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم من كليهما »(١٤).

٥٣ – البغى وجرائم أمن الدولة فى النظم الجنائية المعاصرة :

تقابل أفعال البغاة فى الفقه الجنائى الإسلامى ما يعرف فى التشريعات الجنائية المعاصرة بجرائم أمن الدولة من جهة الداخل ، وهى الجرائم التى تضم أحكامها مواد الباب الثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات المصرى (المواد من ٨٧ إلى ١٠٢ مكرراً) . وتتراوح العقوبات المقررة لهذه الجرائم بين الحبس مدة لا تزيد عن سنة (م ١٠٢ أ) وبين الإعدام (م ٨٧ و ٨٩ و ٩٠ و ٩٠ مكرراً و ٩١ و ٩٣) .

وقد عبر المشرع المصرى عن الجماعات التى تتكون بقصد ارتكاب هذه الجرائم بلفظ البغاة فى المادة ١٠٢ عقوبات ، ولا يجوز أن يفهم من هذا النص ، ومن استعمال لفظ « البغاة » فيه أن ثمة ارتباط بين الأحكام المقررة فى الفقه الإسلامى للبغى ، وبين ما يقرره قانون العقوبات المصرى من أحكام للجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلى . إذ أن جرائم أمن الدولة من جهة الداخل تستهدف حماية النظام السياسى للدولة بصرف النظر عما إذا كان هذا النظام عادلا أم ظالماً ، محققاً لآمال جماهير

---

(١٢) مغنى المحتاج ، جـ٤ ص ١٢٤ ، والرملى ، غاية البيان ، ص ٢٩٦ (طـ الحلبى بدون تاريخ) .

(١٣) حاشية الشلبى على شرح الزيلعى (تبيين الحقائق) جـ٣ ص ٢٩٤ .

(١٤) شرح الخرشى ، جـ ٥ ص ٣٠٢ وهو ينقل كلام مالك عن سحنون عن ابن القاسم .

الشعب أو مهدراً لها ، مرضياً من غالبية الناس فى المجتمع أو محل نقمتهم وسخطهم .

بينما سبق أن تبيَّن فيما نقلناه من أقوال الفقهاء المسلمين أن أفعال البغاة تعتبر « صيالا » أى عدواناً يجب على المسلمين رده ودفعه إلا إذا كانوا قد خرجوا على الإمام العادل ، أما الإمام الظالم فإن الفقهاء لم يجيزوا أن يحارب الناس معه البغاة ولذلك صح تعريف بعض فقهاء الأحناف للبغاة بأنهم « الخارجون على إمام الحق بغير حق »(١٥)

وجرائم أمن الدولة الداخلى هى من نوع الجرائم القانونية التى يخلقها القانون المقرر فى المجتمع خلقاً حتى يضمن عن طريق التهديد بالعقوبات المقررة لها قدراً كافياً من الحماية القانونية للأنظمة المختلفة التى تحدثها الدولة فى المجالات السياسية والاقتصادية والمالية وغيرها(١٦) ولا بأس على الدولة أن تصدر ما قد يكون ملائماً من قوانين لتحمى بها نظمها المختلفة ، بل لعل ذلك مما يجب عليها ضماناً لاستقرار الناس ، وتجنباً للقلاقل والفتن .

غير أن النظم السياسية والاجتماعية متغيرة ومتطورة ، والحاجة إلى حمايتها تتغير كذلك بتغير النظم ذاتها ، وبتغير الأوضاع الاجتماعية التى تنشأ فى ظلها هذه النظم . وليست هذه الحقائق بغريبة على المبادىء التى صنعها الإسلام لتنظيم الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية(١٧) ، وما كان هذا شأنه فإنه من غير المتصور أن تقرر له الشريعة الإسلامية عقوبة من عقوبات الحدود التى ترمى أساساً إلى مكافحة الإجرام المتمثل فى إنتهاك القيم الاجتماعية الثابتة والتى لا يتصور تغيرها بتغير الزمان والمكان . ويكفى فى شأن مثل هذه الأفعال التى يختلف النظر إليها لأسباب متعددة أن يكون من حق السلطة المختصة فى الدولة أن تضع القواعد الكفيلة بحماية المصالح المتصلة بها ، وتحقيق نفع الجماعة منها . وذلك ما لا نمارى فيه ، وهو ما تكفله القواعد العامة فى الشريعة الإسلامية .

أما أفعال البغاة التى ناقشها الفقهاء المسلمون ، والتى تؤخذ أحكامها الأصلية من الآيتين المتقدم ذكرهما فى سورة الحجرات ، فإنها - فى نظرنا - لا تعد جريمة من جرائم الحدود . وإنما هى صيال أو تَعَدٍ يدفع كما يدفع فعل كل صائل أو متعدٍ(١٨) ولا يلزم من إباحة هذا الدفع - أو إيجابه - اعتبار فعل الصائل جريمة ولا اعتبار دفعه عقوبة .

---

(١٥) الحصكفى ، شرح الدر المختار ، جـ١ ص ٤٨٧ .

(١٦) انظر الدكتور على راشد . القانون الجنائى . ص ٢٤٠ . وقد سبقت الإشارة إليه .

(١٧) انظر كتابنا : فى النظام السياسى للدولة الإسلامية ، القاهرة ط٢ ١٩٧٨م ص ١٤٢ - ١٤٦ . (ط المكتب المصرى الحديث)

(١٨) عدَّ البغى جريمة من جرائم الحدود الإمام ابن حزم الظاهرى فى المحلى جـ ١١ ص ٣٧٣ ، والإمام الشعرانى فى كتابه الميزان الكبرى جـ ٢ ص ١٣٤ . والمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة فى التشريع الجنائى الإسلامى . جـ ١ ص ٧٩ و جـ ٢ ص ٦٧١ وما بعدها . وقد عدها جريمة تعزيزية الدكتور عبد العزيز عامر فى رسالته عن التعزيز فى الشريعة الإسلامية ص ١٧ وما بعدها .

شرب الخمر

٥٤ – تمهيد : تحريم الخمر :

حرم الإسلام شرب الخمر تحريماً أجمعت الأمة الإسلامية عليه لثبوته بنصوص القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة .

فمن الآيات القرآنية التى نصت على تحريم الخمر – نصًّا قاطعاً – وهى آخر الآيات فى هذا الباب نزولا ، قول الله تبارك وتعالى :

(إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) . سورة المائدة : ٩٠ ، ٩١ .

ومن الأحاديث النبوية التى رويت صحيحة عن رسول الله ﷺ قوله : « كل شراب أسكر فهو حرام »(١٩) . وقد مارى بعضهم مؤخراً فى تحريم الخمر باعتبار أن اللفظ القرآنى – فيما فهمه – غير صريح فى التحريم ، وإنما يفيد الكراهية . وجواب ذلك يسير ، ومن القرآن نفسه . . فالله سبحانه وتعالى يقول فى شأن عبادة الأوثان : (فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور) سورة الحج – ٣٠ .

وليس فى القرآن الكريم فى النهى عن عبادة الأوثان أصرح ولا أقوى من هذه الآية ، وكلمة الرجس التى وصفت بها الخمر هى التى وصفت بها الأوثان ، والأمر بالاجتناب كذلك هو هو فى الموضعين .

فهل لقائل أن يقول إن عبادة الأصنام مكروهة وليست محرمة ! لا شك أن الجواب بالنفى هو الصحيح وكذلك فى تحريم الخمر .

ومن ثم فإن تحريم الخمر – بكل أنواعها – ثابت صحيح فى شريعة الإسلام ، وليس فى القرآن والسنة إلا ما يثبت هذا ويؤكده . وكل رأى خالف ذلك الثابت فى القرآن والسنة رد على صاحبه وعليه إثمه .

---

(١٩) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، للأستاذ محمد فؤاد عبد الباقى ، جـ ١٣ ومعنى الحديث أن قليل المسكر وكثيره

٥٥ - تحريم شرب الخمر :

ولم يقف الأمر فى شريعة الإسلام عند تحريم الخمر فحسب ، بل عاقب على شربها رسول الله ﷺ ، فى حين لم يعاقب ، أو لم يفرض عقاباً دنيويًّا على أفعال شاركت الخمر فى التحريم بنصوص القرآن الكريم منها أكل لحم الخنزير ، وعقوق الوالدين ، والتعامل بالربا وغيرها من المحرمات ، ولعل العقاب على شرب الخمر جاء باعتبارها أكثر هذه المحرمات شيوعاً بين العرب ، وباعتبار تأثيرها الضار على الأفراد وسلوكهم وعلى المجتمع المسلم بصفة عامة(٢٠).

ويذهب جمهور فقهاء المسلمين ، وجميع الكاتبين فى الشريعة الإسلامية من غير المسلمين إلى أن العقوبة المقررة للخمر فى الشريعة الإسلامية هى من عقوبات الحدود . ومن هنا يدرس فقهاء الإسلام جريمة شرب الخمر وعقوبتها مع سائر جرائم الحدود وعقوباتها كالزنى والسرقة والحرابة والقذف ، ويجعلون لها ذات الخصائص المميزة لهذه العقوبات من ثبوتها وعدم جواز العفو عنها ، وعدم اختلافها باختلاف حال الجانى أو ظروف ارتكابه للجريمة (٢١) .

ويبحث الفقهاء المسلمون كذلك عند معالجتهم لجريمة شرب الخمر موضوعات كثيرة تتصل بالشراب المحرم ، وسبب تحريمه ، والعقوبة وصورها المختلفة وأثرها على أهلية المعاقب ، والذى يعنينا هنا بحث مدى صحة القول بأن شرب الخمر جريمة عقوبتها حد مقدّر من الشارع ، بعد أن عرفنا أن الخمر محرمة فى الشريعة الإسلامية ، وأن «كل مسكر حرام»(٢٢) .

حرام ، وليس المحرم هو القدر المسكر فقط كما بينت ذلك الأحاديث الصحاح الأخرى .

(٢٠) راجع رسالة أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، تعليل الأحكام ، القاهرة ١٩٤٩ ص ٦٠ وما بعدها ، وقد ذهب بعض الكاتبين إلى أن شرب الخمر دخل بعقاب الرسول عليه الصلاة والسلام ، فى نطاق القانون الجنائى ، فى حين بقيت الأفعال الأخرى المشار إليها خارج دائرته باعتبارها تستوجب تبعة مدنية فحسب Civil Wrong والصواب أن هذه الأفعال – شأنها شأن شرب الخمر – معاصى تستوجب عقوبة تعزيزية . وقارن برأينا هذا رأى الأستاذ N.J. Coulson أستاذ القوانين الشرقية بجامعة لندن فى كتابه :

A History of Islamic Law, Edinburgh, 1971, pp. 142 et seq.

وقد أخطأ المستشرق الشهير Reuben Levy حين ذكر أن الخمر قد اقترن تحريمها بتحديد عقوبة لها فى القرآن . فليس فى القرآن أية عقوبة مقررة لشرب الخمر ، كما سنبين بعد قليل . انظر فى ذلك كتابه :

The Social Structure of Islam, Cambridge, 1969 p. 175 & 179.

(٢١) راجع على سبيل المثال : بدائع الصنائع ، للكاسانى ، فى الفقه الحنفى والمقارن جـ ٧ ص ٣٣ ، والتشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة جـ ١ ص ٦٤٨ وجـ ٢ ص ٥٠٢ وما بعدها . ومن كتب المستشرقين انظر

N. J. Coulson, op. cit.

J. Schacht, An Introduction to Islamic Law Oxford, 1964 p. 175 & 179.

(٢٢) صحيح مسلم بشرح الإمام النووى ، على هامش البخارى بشرح القسطلانى ، طـ القاهرة جـ ١٠ ص ١٧٢ .

غير أنه ينبغى أن نبين أولا أن الفارق الذى تعرفه القوانين الوضعية بين التحريم والتجريم ، غير معروف فى الشريعة الإسلامية . فالتحريم فى القوانين الوضعية أمر دينى أو هو حكم دينى ، لا علاقة له بالتكييف القانونى للفعل ومدى اعتباره جريمة أو فعلا مباحاً . وحين يتفق حكم الدين وحكم القانون ، أى حين يجرم القانون فعلا حرمه الدين ، فإن العقاب عليه ، والأمر بالكف عنه لا يأتيان نتيجة لحكم الدين فيه . وإنما ينفذان باعتبارهما حكم القانون . وقد يكون هذا الاتفاق من قبيل التوافق الذى تولده المصادفة البحتة . وقد يكون – فى بعض الحالات – نتيجة تأثر القانون بالدين واستمداده بعض أحكامه من مصدر دينى .

أما فى ظل الشريعة الإسلامية ، فإن كل فعل أو ترك محرم يعتبر جريمة لمجرد هذا التحريم . فإن اقترن التحريم بتحديد عقوبة لهذا الفعل أو الترك المحرم ، فنحن بصدد جريمة من جرائم الحدود التى قدرها الشارع . وإن أغفل تحديد العقوبة على الفعل أو الترك المحرم ، فنحن بصدد جريمة من الجرائم التعزيرية التى تعرّف عقوباتها بأنها عقوبات غير مقدرة لكل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة ولا حق لمخلوق [٢٣] .

وعلى ذلك فإن البحث هنا ليس فى تحريم الخمر – فقد بينا ثبوته بالقرآن والسنة – وليس فى تجريمها – فهو نتيجة طبيعية فى الشريعة الإسلامية للتحريم – وإنما مدار البحث هو تحديد عقوبة لجريمة شرب الخمر تعتبر معها من جرائم الحدود ، أو تركها دون أن تحدد لها عقوبة معينة ، برغم توقيع عقوبات على مرتكبيها فى عهد الرسول ﷺ ، ومن ثم تعتبر جريمة تعزيرية .

٥٦ – المذاهب الفقهية وعقوبة شرب الخمر :

قدمنا أن جمهور الفقهاء المسلمين يرون أن الخمر جريمة يعاقب عليها حدًّا ، أى أن العقوبة المقررة لها مقدرة من قبل الشارع . وتقدير العقوبة – الذى تعتبر معه حدًّا – إما أن يثبت بالقرآن الكريم ، أو بالسنة النبوية . والواقع أن الحدود جميعاً ثابتة بنصوص القرآن اللهم إلا حد الزانى المحصن – الرجم – فقد أثبتته السنة . وحتى حين بيّن الرسول ﷺ لأصحابه أن هذا هو الحد المقرر للزانى إذا كان محصناً ، بيّن معه بوضوح قاطع أنه ينقل إليهم وحياً من الله عز وجل فقال :

---

(٢٣) انظر فى الفرق بين التجريم والتحريم ، رسالة الدكتور أحمد خليفة ـ النظرية العامة للتجريم طـ القاهرة ١٩٥٩ . وفى تعريف التعزير راجع المبسوط للإمام السرخسى ، من كتب الفقه الحنفى والمقارن جـ٩ ص ٣٦ وثمة اختلافات يسيرة بين تعريفات التعزير عند المذاهب المختلفة وجُلُّها ، أوكلها ، اختلافات لفظية لا معنوية .

« خذوا عنى . . خذوا عنى . . قد جعل الله لهن سبيلا » . . الحديث (٢٤) .

وفقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة يذهبون إلى أن عقوبة شرب الخمر حدٌّ مقدَّرٌ ، ولكنهم مع ذلك يختلفون فى مقدار هذا الحد . فالأحناف يذهبون إلى أن حد الخمر ثمانون جلدة ويوافقهم على هذا التحديد المالكية والحنابلة (٢٥) .

بينما يذهب الشافعية والظاهرية والزيدية إلى أن حد الخمر هو أربعون جلدة فقط وليس ثمانين كما رآه الآخرون (٢٦) .

وهذه الآراء المختلفة – من مذهب إلى آخر – هى فى الواقع نتيجة اختلاف آراء الصحابة رضى الله عنهم حول مسألة عدد الجلدات التى يضربها شارب الخمر .

فمن الثابت أن أبا بكر رضى الله عنه كان يضرب شارب الخمر فى عهده أربعين جلدة ، وكذلك كان الحال فى السنين الأولى من خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنه . ثم إنه حدث فى عهد عمر رضى الله عنه ما استوجب إعادة النظر فى العقوبة المقررة لشارب الخمر ، وذلك أن خالد بن الوليد – كما يروى أبو داود بسنده عن عبد الرحمن بن أزهر – كتب إلى عمر بن الخطاب : « إن الناس قد انهمكوا فى الشراب وتحاقروا العقوبة » فقال عمر لحامل الرسالة ، هم عندك فسلهم ، وعنده المهاجرون الأولون ، فسألهم فأجمعوا على أن يضرب ثمانين . . فقال راوى الحديث : « وقال على : إن الرجل إذا شرب افترى فأرى أن تجعله كحد الفرية » وفى رواية أن الذى قال هذا هو عبد الرحمن بن عوف (٢٧) .

ولذلك ذهب بعض فقهاء المذاهب الإسلامية إلى أن الحد هو ثمانين جلدة بناءً – فيما رأوا – على إجماع الصحابة . وذهب آخرون إلى أن الحد أربعين ، وأن الأربعين الأخرى زيادة تعزيرية مقصود بها ردع الناس عن الانهماك فى الشراب إذا تحاقروا العقوبة (٢٨) .

وتقدير عقوبات الحدود – كما قدمنا – إنما مرجعه إلى الله (فى القرآن) أو إلى الرسول ﷺ (فى

---

(٢٤) رواه مسلم فى صحيحه جـ ٥ ص ١١٥ من طبعة إستنبول وكذلك رواه أحمد فى مسنده وأصحاب السنن جميعاً .

(٢٥) انظر بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٥٧ ، ٦٠ وللمالكية شرح الحطاب على مختصر خليل جـ ٦ ص ٣١٧ وللحنابلة مطالب أولى النهى جـ ٦ ط بيروت ١٩٦١ ص ٢١٢ .

(٢٦) للشافعية النووى منهاج الطالبين جـ ٤ ص ١٧٤ ، وللزيدية الروض النضير للسياغى جـ ٤ ص ٥٠٥ وللظاهرية المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٦٥ من طبعة المكتب التجارى ببيروت .

(٢٧) سنن أبى داود ، جـ ٤ ص ١٦٦ وما بعدها ، وسنن البيهقى حيث نقل أن الذى ذكر حد الفرية هو عبد الرحمن بن عوف جـ ٨ ص ٣٢٠ من طبعة الهند ١٣٥٤ هـ وراجع كذلك نيل الأوطار للشوكانى جـ ٧ ص ١٤٦ .

(٢٨) راجع فى تفصيل ذلك رسالتنا للدكتوراه السابقة الإشارة إليها ، ص ١٠١ وما بعدها .

السنة) . وكل جريمة لم ينص على عقوبتها المقدرة تقديراً قاطعاً فى القرآن أو السنة فهى جريمة تعزيرية وعقوبتها من عقوبات التعزير فلننظر إذاً فى القرآن والسنة النبوية لنرى هل هناك عقوبة مقدرة لشرب الخمر أو لا ؟

٥٧ – القرآن والسنة وعقوبة شرب الخمر :

حرم القرآن الخمر – كما قدمنا – تحريماً قاطعاً . ولكن هذا التحريم لم ينزل دفعة واحدة .. وإنما ذكرت الخمر أول ما ذكرت فى القرآن فى سورة مكية مفرّقا بينها وبين الطيب من الرزق ، فقال الله تعالى : (ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سَكَراً ورزقاً حسناً ، إن فى ذلك لآية لقوم يعقلون) سورة النحل آية ٦٧ ، والسَكَرُ الخمر . وفى النص إلماح إلى الفرق بين الخمروبين الرزق الحسن وإلى أنها ليست رزقاً حسناً . وفى ذلك توطئة لما نزل بعد هذه الآية من الآيات ، تدرجاً فى طريق التشريع حتى وصلت إلى النص القاطع فيه[٢٩].

فقد تلت هذه الآية ، آية سورة البقرة وفيها يقول الله تعالى :

(يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثمٌ كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما) سورة البقرة – ٢١٩ ، ثم أعقب هذه الآية قول الله تعالى : (يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سُكارى حتى تعلموا ما تقولون) النساء – ٤٣ فتأول قوم هاتين الآيتين ، وتركها بعضهم فى حالة الصلاة ، وأقلع عنها آخرون لغلبة الضرر فيها على النفع . ولما هدأت نفوس القوم ، واطمأنت قلوبهم بالإيمان ، ومُهّد الطريق بهذه الآيات الثلاث للحكم الأخير ، حتى رُوى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يقول فى دعائه : « اللهم بيّن لنا فى الخمر بياناً شافياً » . نزل قول الله تعالى : (فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) المائدة – ٩٠ و ٩١ فكان جواب الصحابة رضى الله عنهم : انتهينا يارب ، انتهينا يارب . وكان أحدهم تبلغه الآية وقد شرب نصف كأس بيده فيريق النصف الآخر امتثالا لأمر الله عز وجل[٣٠] .

فهذه هى الآيات الأربع فى القرآن الكريم ، عن شرب الخمر ، وواضح من نصوصها أنها ليس

---

(٢٩) راجع فى ظلال القرآن للأستاذ سيد قطب جـ ١٤ ص ٢٦٠ الطبعة السابعة – بيروت ١٩٧١ وقد أشار إلى مثل هذا المعنى إشارة مبهمة الشيخ عبد الله بن فودى فى تفسيره المسمى ضياء التأويل جـ ٢ ص ٢٣١ .

(٣٠) راجع فيا تقدم : تعليل الأحكام ، لأستاذنا العلامة محمد مصطفى شلبى ، ص ١٤ – ١٧ وكتاب الحلال والحرام فى الإسلام للأستاذ الشيخ يوسف القرضاوى الطبعة الخامسة ١٩٦٩ ، بيروت ، الصفحات من ٦٩ – ٧٥ .

فيها أية إشارة – فضلا عن تقرير أو تقدير للعقوبة – الدنيوية – على شرب الخمر.

وقد تظاهرت على التحريم ، مع هذه الآيات القرآنية ، أحاديث نبوية شريفة ، وفى بعض هذه الأحاديث جاء ذكر توقيع رسول الله ﷺ عقوبة على شارب الخمر ، وجاء فى بعضها الآخر أمره بهذه العقوبة.

فيروى البخارى وأحمد وأبو داود عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ أُتى برجل قد شرب الخمر. فقال اضربوه. قال أبو هريرة : فمنا الضارب بيده ، والضارب بنعله ، والضارب بثوبه. فلما انصرف قال بعض القوم أخزاك الله. قال رسول الله ﷺ : لا تقولوا هكذا ، لا تعينوا عليه الشيطان(٣١) فالرسول ﷺ هنا ينهى عن لوم شارب الخمر بعد توقيع العقوبة عليه – وعن الدعاء عليه بالخزى لئلا يشعر باحتقار المجتمع المسلم له فيتمادى من ثم – بإغواء الشيطان – فى عصيان الله ورسوله.

وفى رواية أخرى صحيحة أن رسول الله ﷺ قال لأصحابه بعد أن ضربوا شارب الخمر (بكِّتوه). ويبدو – والله أعلم – أن هذه الحادثة غير الحادثة الأولى ، وأن اختلاف الحكم جاء نتيجة اختلاف أحوال الجناة ، وما يُحتاج إلى ردع كل جانٍ به من أنواع العقاب(٣٢).

وفى حديث آخر عند أبى داود أن رسول الله حثا فى وجه شارب الخمر – بعد ضربه – التراب(٣٣).

وحثو التراب – على سبيل العقوبة – إنما جاء فى هذه الحالة – فيما يبدو من باب اختلاف العقوبة باختلاف أحوال الجناة. وكذلك سار الحال فى زمن رسول الله ﷺ. يأمر بضرب شارب الخمر. فيضرب بما حضر من نعال ، وثياب ، وجريد ، وبأيدى الحاضرين. وطوراً يحثو فى وجه شارب الخمر التراب ، وطوراً يأمر بتبكيته ، وتارة ينهى عن ذلك. ولا يكون مثل هذا الاختلاف فى العقوبة – من حالة إلى أخرى – فى حد مقدر أبداً. إنما الشأن فى عقوبات الحدود أن تطبَّق على الناس جميعاً بصورة واحد وإذا كان هذا هو الأمر الذى جرت به سنة رسول الله ﷺ فمن أين جاءت قضية التحديد ؟

---

(٣١) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٧ ص ١٤٦ وما بعدها. ومشكاة المصابيح بتحقيق المحدث الشيخ محمد ناصر الدين الألبانى جـ ٢ ص ٣٠٤ – ٣٠٨ وقد جمعت أغلب أحاديث عقوبة شارب الخمر فى هذين الكتابين.

(٣٢) مشكاة المصابيح المرجع السابق ، ص ٣٠٥.

(٣٣) المشكاة ، الموضع السابق.

٥٨ - الصحابة والعقاب على شرب الخمر :

يروى البخارى بسنده عن أنس بن مالك رضى الله عنه أن النبى ﷺ « ضرب فى الخمر بالجريد والنعال وجلد أبو بكر أربعين » ، ويَروى كذلك عن السائب بن يزيد قال : «كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول ﷺ وإمرة أبى بكر وصدراً من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين »(٣٤) .

ويروى البيهقى فى سننه بسنده إلى عكرمة عن ابن عباس أنه قال : « إن الشرّاب كانا يُضربون على عهد رسول الله ﷺ بالأيدى والنعال والعصى . قال : وكانوا فى خلافة أبى بكر أكثر منهم فى عهد النبى ﷺ . فقال أبو بكر : لو فرضنا لهم هذا فتوخى نحواً مما كانوا يضربون فى عهد رسول الله ﷺ ، فكان أبو بكر يجلدهم أربعين جلدة حتى توفى ، ثم كان عمر رضى الله عنه فجلدهم أربعين » إلى أن قال : « ثم كثروا فشاور فقالوا ثمانين »(٣٥) .

وثابت من هذه الأحاديث أن أول من ضرب الثمانين فى شرب الخمر كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، أما الأربعين فثمة روايتان صحيحتان تنسبها إحداهما إلى عمر بن الخطاب ، والأخرى إلى أبى بكر رضى الله عنهما ، وأيًا ما كان الأمر فالذى يعنينا أن العدد المعين لم يقدره رسول الله ﷺ ، وإنما قدره أصحابه من بعده ، ظنًا منهم أن الذى قدروه قريب مما كان يعاقب به رسول الله ﷺ . ثم كثر شاربوا الخمر ولم يعد القدر الذى قدروه أولا كافياً للزجر فزادوه من أربعين إلى ثمانين .

ومن ثم فإنه يتبين أن عقوبة شارب الخمر لم تكن مقدرة فى عهد الرسول ﷺ ، وأن الصحابة رضى الله عنهم لما فهموا أن المقصود بها ردع الشاربين لكفهم عن الشراب قدروا فيها ما رأوه كافياً ثم زادوه لما تحاقر الناس العقوبة . فكيف يستقيم هذا مع قضية التحديد التى يذهب بعض الفقهاء إلى أنها وردت عن رسول الله ﷺ ، وأنه ضرب أربعين بسوط له شعبتان ، فهى ثمانون ، ولكن الذين رأوا سوطاً واحداً عدوها أربعين ؟

وإذا صح هذا ، فكيف يصح لأبى بكر أن يسأل عن نحو ماكانوا يُضْربون فى عهد رسول الله ﷺ ؟ وهل كان ذلك الذى يقرره الفقهاء خافياً عليه وعلى الصحابة جميعاً ؟ ثم كيف يصح لخالد أن يسأل الزيادة ؟ وكيف يستشير عمر مع ثبوته عن رسول الله ﷺ ؟ وكيف يأمر ولاته بضرب أربعين قبل سؤال خالد ؟ أفلا يكون هذا تركا لحدود الله ؟ وأخيراً كيف يقول على أو عبد الرحمن بن

---

(٣٤) صحيح البخارى جـ٨ ص ١٩٦ ، ١٩٧ من طبعة كتاب الشعب بالقاهرة مصورة عن طبعة الآستانة .

(٣٥) سنن البيهقى جـ ٨ ص ٣٢٠ ، وقد نقله الأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى فى تعليل الأحكام ص ٦١ .

عوف : أرى كذا وكذا ، على مسمع من المهاجرين الأولين ويوافقون على الزيادة مع ثبوت مقدار معين عن رسول الله ﷺ ؟[٣٦].

وإذا كان الصحابة رضى الله عنهم قد فعلوا هذا - وهم لاشك قد فعلوه - فلابد أنهم قد فهموا أن عقوبة شرب الخمر تعزيرية ، مفوضة إلى اجتهاد المسلمين بحسب ما يكون رادعاً فى زمان ومكان ما ، وبحسب ما يردع شخصاً معيناً فى ظروف معينة . ولابد من هذا الفهم وإلا اتهمنا الصحابة ، رضى الله عنهم ، بأنهم خالفوا حداً من حدود الله ولا يمكن أن يجيز مسلم مثل هذا عليهم جميعاً . وقد جاء النص القاطع عن صحابيين جليلين هما على بن أبى طالب ، وعبد الله بن عباس رضى الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ لم يقدّر فى شرب الخمر عقوبة محددة .

فقد روى البخارى عن على رضى الله عنه قوله : « ما كنت لأقيم حدًّا على أحد فيموت وأجد فى نفسى منه شيئاً إلا صاحب الخمر فإنه لو مات وديته ، وذلك أن رسول الله ﷺ لم يَسُنَّه » . وقد روى هذا القول كذلك عن على رضى الله عنه مسلم وأبو داود وابن ماجه[٣٧].

وعن ابن عباس رضى الله عنه روى الإمام أحمد فى مسنده والنسائى وأبو داود فى سننهما بإسناد قوى أنه قال : « إن رسول الله ﷺ لم يقت فى الخمر حدًّا »[٣٨] ولم يقت يعنى لم يعين مقداراً معيناً يكون هو العقوبة لا غيره . وليس من شىء يعاقب عليه بعقوبة غير مقدرة من الشارع إلا وهذه العقوبة تعزيرية ، لا خلاف فى هذا - فيما نعلم - بين أحد من علماء المسلمين .

ومن ثم فإنه يمكن القول بأن السنة - شأنها شأن القرآن - لم تحدد عقوبة دنيوية مقدرة ، أو لم تعين حدًّا ، كعقوبة لجريمة شرب الخمر . وإنما فرضت لها عقوبة تعزيرية الغرض منها ردع الناس عن إتيان هذه المعصية التى سماها الإسلام بحق « أم الكبائر » .

٥٩ - دعوى الإجماع على حد شارب الخمر :

إذا كنا قد انتهينا فيما تقدم من بحث علاج القرآن والسنة لجريمة شرب الخمر فإنه ينبغى قبل أن نختم الكلام فيها أن نتعرض لعبارة كثيراً ما تطالع الباحث فى كتب الفقه حيث يقول بعض الكاتبين إن الإجماع قد انعقد على حد شارب الخمر . وهم مع قولهم بانعقاد الإجماع الذى يفيد تحديد الأمر المجمع

---

(٣٦) تعليل الأحكام لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ص ٦٢ . وقد كان بحثه لهذه المسألة هو الذى لفتنا إلى بحثها من جديد وانتهينا إلى موافقة رأيه للصحيح الثابت من سنة رسول الله ﷺ ، فجزاه الله عن العلم والإسلام خيراً . وقد اقتبسنا فى المتن من عبارته .

(٣٧) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٥١ ، وفى صحيح البخارى جـ ٨ ص ١٩٧ واللفظ مختلف عما أثبتناه هنا من نيل الأوطار .

(٣٨) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٤٧ وما بعدها .

عليه يختلفون فيه ، فمنهم قائل انعقد الإجماع على الأربعين ومنهم قائل بل على الثمانين . وكل فى واقع الأمر ينصر مذهبه ويؤيد ما عرفه من وجهة نظر شيوخه .

ونحن نحدد أولا مناط الإجماع هنا ، ثم نرى مدى تحققه فى المواضع التى يقال بتحققه فيها ، فالإجماع قد يقع على أصل العقوبة بمعنى أن يقع الإجماع على وجوب عقاب شارب الخمر فى الدنيا . وقد يقع الإجماع بعد ذلك على تقدير حد معين يكون هو العقوبة التى يجب توقيعها فلا يزاد عليها ولا ينقص منها . ففى أى من الموضعين يمكن أن يقال أن هناك إجماعاً بين المسلمين ؟

أما على أصل العقوبة ، ووجوب توقيعها فى الدنيا ، أو بالأحرى جواز توقيعها فذلك مسلم لا جدال فيه . فقد عاقب على شرب الخمر رسول الله ﷺ وعاقب أصحابه من بعده وليس من مذهب من مذاهب المسلمين إلا وعلماؤه يقرون وجوب أو جواز ، عقوبة شارب الخمر . والأصل فى هذا الإجماع السنة النبوية الشريفة التى بينت جواز هذا العقاب – وإن تعددت صوره – وبينت توقيع الرسول ﷺ له . ومن ثم كان إجماع العلماء المسلمين على هذا القدر . أعنى على جواز توقيع عقوبة على شارب الخمر فى الدنيا .

اما فى تقدير هذه العقوبة وتحديدها فإن الأمر جد مختلف عن الاتفاق على أصلها وأول مظان الإجماع عصر الصحابة رضى الله عنهم ، فلننظر فى آرائهم ، وهل أجمعوا منها على شىء أو لا ؟ فإنهم إذا اختلفوا كان من بعدهم أشد اختلافاً .

قدمنا قبل قليل ما روى بسند صحيح عن الخليفتين أبى بكر وعمر ، وأنهما ضربا أولا أربعين حتى كان آخر إمرة عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وعتا الناس فى الخمر وفسقوا ، فضرب بمشورة الصحابة ثمانين . ودعوى الإجماع حاصلها أنه قد وقع على الأربعين أو الثمانين – على اختلاف مذاهب المدعين – فهل هذه الدعوى صحيحة ؟

أما عمر رضى الله تعالى عنه فقد ثبت عنه أنه نوَّع عقوبة شارب الخمر فعاقب بعقوبات مختلفة أفراداً مختلفين فى حالات عدة . يقول الإمام الحافظ أبو محمد بن حزم : « فمن تعلق بزيادة عمر رضى الله عنه ومن زادها معه على وجه التعزير وجعل ذلك حدًّا واجباً مفترضاً فيلزمه أن يحرق بيت بائع الخمر ويجعل ذلك حداً مفترضاً لأن عمر فعله ، وأن ينفى شارب الخمر أيضاً ويجعله حدًّا واجباً لأن عمر فعله ، وقد جلد عمر أربعين وستين فى الخمر بعد أن جلد الثمانين بأصح إسناد يمكن وجوده ، ويلزمهم أن يحلقوا شارب الخمر بعد الرابعة فلا يحدونه أصلا »(٣٩)

والإمام الحافظ ابن قيم الجوزية يروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه نفى فى الخمر وحلق

---

(٣٩) المحلى لابن حزم الظاهرى ، جـ ١١ ص ٣٦٥ وابن حزم يرى عقوبة الخمر حدًّا مقداره أربعون جلدة فقط .

الرأس بعد زيادته العقوبة فيها إلى ثمانين ، ثم يعلق على ذلك – صادقاً – بأنه (من فقه السنة)[٤٠] ويقرر فى موضع آخر – بعد ذكر أصل تشريع التعزير من السنة – أن أصحاب رسول الله ﷺ تنوعوا فى التعزيرات بعده « فكان عمر رضى الله يحلق الرأس وينفى ويضرب ، ويحرق حوانيت الخمارين والقرية التى تباع فيها الخمر »[٤١] وذلك كما قال ابن قيم الجويزيه – بحق – من فقه السنة فإن العقوبة التى وقعها رسول الله أو أمر بتوقيعها ، كانت هى مطلق الضرب ، والقصد منها الزجر ، فلما فسق الناس ولم يعد زاجراً لهم مجرد العقاب الذى وقعه رسول الله ﷺ زاد فيه عمر ، وأضاف إليه ناظراً إلى تحقيق الغرض من العقوبة وهو كف الناس عن إتيان الجريمة . وقد روى مثل هذا الفهم عن غير واحد من العلماء الاثبات . فهذا العلامة ابن فرحون ينقل فى تبصرة الحكام عن المازرى أن عقوبة شارب الخمر لم يكن فيها حد مقدر فى زمن الرسول ﷺ ، ثم يقول : « لو فهمت الصحابة عن النبى ﷺ حدًّا محدوداً فى الخمر لما أعملت فيه رأيها ولا خالفته كما فعلت ذلك فى سائر الحدود فدل هذا على أنه لم يكن فيه أمر ثابت تجاوزوا به ما فعله النبى ﷺ . وكان أبو بكر رضى الله عنه جلد فيها أربعين فلم يقفوا عند ذلك أيضاً طلباً لانزجار الناس عن شربها فالتعزيرات والعقوبات المقصود بها الزجر يرى فيها الإمام رأيه »[٤٢] ، وفى موضع آخر – بعد هذا بقليل – يقول ابن فرحون : « لم يستقر الحد فى الخمر ثمانين إلا فى زمن معاوية وأما عثمان رضى الله عنه فجلد فيها ثمانين كما فعل عمر ، وجلد فيها أربعين » .

والعلامة الشوكانى صاحب نيل الأوطار يقول بعد أن نقل الروايات المختلفة عن تعدد العقوبات التى وقعها الصحابة رضى الله عنهم : « والحاصل أن دعوى إجماع الصحابة غير مسلمة فإن اختلافهم فى ذلك قبل إمارة عمر وبعدها وردت به الروايات الصحيحة . ولم يثبت عن النبى ﷺ الاقتصار على مقدار أربعين بل جلد تارة بالجريد وتارة بالنعال وتارة بهما فقط ، وتارة بهما مع الثياب وتارة بالأيدى والنعال . والمنقول من المقادير فى ذلك إنما هو بطريق التخمين »[٤٤] ثم يقول بعد كلام : « فالأولى الاقتصار على ما ورد عن الشارع من الأفعال وتكون جميعها جائزة فأيها وقع فقد حصل به الجلد المشروع الذى أرشدنا إليه ﷺ بالقول والفعل ، فالجلد المأمور به هو الذى وقع منه ﷺ ومن الصحابة بين يديه ، ولا دليل يقتضى تحتم مقدار معين لا يجوز غيره »[٤٥] .

---

(٤٠) إعلام الموقعين جـ ٢ ص ٩٧ ط القاهرة ١٩٥٥ م .

(٤١) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان جـ ١ ص ٣٤٨ – ٣٤٩ ط الحلبى بالقاهرة ١٩٥٦ م .

(٤٢) تبصرة الحكام للعلامة ابن فرحون – بهامش فتاوى عليش فى مذهب الإمام مالك جـ ٢ ص ٣٠٠ – ٣٠١ .

(٤٣) تبصرة الحكام – المرجع السابق ص ٣٠٢ .

(٤٤) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٥٠ – ١٥١ .

(٤٥) المرجع السابق .

ومع كفاية هذا البيان فى بطلان دعوى إجماع الصحابة على حد مقدر فى الخمر ، ومع سبق بياننا لاختلاف الأئمة المقلدة مذاهبهم حول مقدار العقوبة المشروعة لمن يثبت عليه شرب الخمر فإن كل مذهب يدعى فقهاؤه أن ما رأوه حدًّا للخمر هو عقوبتها المقدرة ، ومع وجود أفراد من العلماء فى كل المذاهب رجحوا كون عقوبة شرب الخمر تعزيرية . . فإنه لأمر ما لم يكتب لهذا الرأى من الذيوع والقبول - على قوة دليله ورجحانه - مثل ماكتب للرأى الآخر.

وثمة حديث صحيح عن رسول الله ﷺ أمر فيه بقتل شارب الخمر فى الرابعة ، وذهب جمهور العلماء إلى عدم العمل به بناء على أنه لم يقع به عمل من الصحابة ولا من رسول الله قبلهم . وذلك هو ما رواه أحمد والترمذى وغيرهما - على خلاف فى اللفظ - أن رسول الله ﷺ قال : « من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاقتلوه » ، قال عبد الله بن عمرو بن العاص : « ائتونى برجل قد شرب الخمر فى الرابعة فلكم على أن أقتله » .

وللعلماء فى هذا الحديث ثلاثة آراء فذهب عامة أهل العلم - كما يقول الترمذى - إلى أنه قد نسخ الأمر بالقتل لما ثبت أن رسول الله ﷺ أتى برجل قد شرب الخمر فى الرابعة فجلده ولم يقتله . وقد روى مثل ذلك عن الصحابة أنهم جلدوا فى الخمر بعد الرابعة ولم يقتلوا الشارب(٤٧).

والقول بالنسخ كما هو مقرر فى أصول الفقه لا يكون إلا عن دليل واضح له نفس مرتبة الدليل الذى أثبت الحكم الأول . وغاية ما يمكن إثباته هنا عدم توقيع النبى ﷺ للعقوبة ، وليس هذا بكاف فى النسخ لاحتمال أن يكون تقريرها قد جاء بعد الحادثة التى جلد فيها للمرة الرابعة .أو قبلها وبعد تقدم ثلاث مرات فيكون مقتضى الأمر النبوى بالقتل فى الرابعة أن يجلد مثل هذا ثلاث مرات - بعد ورود الأمر بالقتل - ثم يقتل فى الرابعة . واتباعا لهذا المنطق ذهب الإمام ابن حزم الظاهرى وعامة أهل الظاهر إلى القول بأن عقوبة الشارب فى الرابعة هى القتل حدًّا(٤٨).

أما الرأى الثالث - وهو فيما نرى أصوب الآراء الثلاثة - فهو ما ذهب إليه الحافظ ابن قيم الجوزية من أن الأمر بالقتل فى الرابعة ليس حدًّا وليس بمنسوخ ، وإنما هو تعزير شرع رسول الله ﷺ العمل به . فإذا رأى الإمام مصلحة فيه فعله وإلا تركه(٤٩) ، ويمتاز هذا الرأى بتوسطه بين الرأيين السابقين ، فإن القول بالنسخ لا دليل عليه إلا ادعاؤه ، أو فهم بعض الرواة أنه هو السبب فى ترك

---

(٤٦) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٥٥ وسنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٨٥٩ .

(٤٧) سنن الترمذى جـ ٢ ص ٤٥٠ ط المكتبة السلفية بالمدينة المنورة - بدون تاريخ .

(٤٨) المحلى جـ ١١ ص ٣٦٥ - ٣٧٠ .

(٤٩) إعلام الموقعين جـ ٢ ص ٩٧ ، إغاثة اللهفان جـ ١ ص ٣٤٧ .

النبى ﷺ قتل شارب الخمر فى الرابعة ، ومجرد الترك – كما قدمنا – لا يثبت نسخاً .

وكذلك فإن القول بأن القتل شرع حدًّا واجباً – وإن واءم ظاهرية الإمام بن حزم – فإنه لا يتفق ومقتضى السياسة الجنائية التى اتبعها الإسلام فى تحريم الخمر وتجريمها ، وفى العقاب عليها .

والمعهود فى الجرائم التعزيرية ألا يبلغ بعقوبتها إلى القتل إلا أن تغلق السبل دون إيقافها ومنع ارتكابها ولا يبقى إلا قتل الجانى حماية للمجتمع منه(٥٠) ومثل هذا المعنى يصعب – فى الحالات العادية – إثباته فى جريمة شرب الخمر .

٦٠ – عقوبة شرب الخمر عقوبة تعزيرية :

وبناء على ما تقدم فإننا نذهب إلى أن العقوبة التى شرعها الإسلام لجريمة شرب الخمر هى عقوبة تعزيرية المقصود بها ردع الجانى عن العودة لارتكاب الجريمة ، ومنع غيره من أفراد المجتمع من ارتكابها. ومن ثم فإن هذه العقوبة يمكن أن تتغير بتغير الأحوال والظروف الفردية والاجتماعية ، ولذلك فإن المشرع الكويتى والليبى حين جعلا عقوبة شرب الخمر والاتجار فيها الحبس والغرامة ، لم يجاوزا الأصول الإسلامية فى هذا الباب بل أحسنا فيه الاتباع(٥١).

وأيًّا ما كان الرأى فيما يتعلق بوجهة نظر المذاهب الإسلامية فى هذه المسألة ، فإن بيان حقيقة نوع العقوبة المشروعة لشرب الخمر فى الشريعة الإسلامية له أهميته غير المنكورة . خاصة إذا ذكرنا أن لعقوبات الحدود خصائصها التى تتميز بها عن غيرها من العقوبات ، فهى محدودة بحد واحد لا تتغير تبعاً للظروف سواء منها الفردية أو الاجتماعية ، وهى لا تقبل العفو ولا يدخلها التخفيف ولا تثبت إلا بدليل قاطع ، فتسقط أو تدرأ بالشبهة ، ويترتب عليها آثار مدنية تمتد إلى أهلية المحدود للشهادة أمام القضاء ولتولى الوظائف العامة ، بل قد تؤثر فى بعض الأحيان على حياته العائلية .

وفى كل ذلك تخالفها العقوبات المقررة لجرائم التعازير مخالفة يجب معها أن يكون الفارق واضحاً بينهما حتى لا نرتب آثاراً لم يرتبها الشارع على الأخيرة فنكون قد سوينا بين مختلفين .

---

(٥٠) راجع فى ذلك رسالتنا عن نظرية العقاب ص ٢٢٤ – ٢٢٧ ، وانظر بحث الدكتور مالك بدرى أستاذ علم النفس بجامعة الخرطوم بعنوان

Islam and Alcoholism, U.S.A. 1976 (A.T.P.)

حيث نقل عن رسالتنا المشار إليها هذا الرأى فى عقوبة شارب الخمر وأيده .

(٥١) نص على ذلك قانون الجزاء الكويتى فى المواد ٢٠٦ ، ٢٠٦ أ ، ب ، جـ وقد سبق لنا عرضها ، أما فى ليبيا فقد صدر بذلك قرار من مجلس قيادة الثورة عقب قيامها مباشرة سنة ١٩٦٩ م يقضى بالحبس شهراً عقاباً على شرب الخمر ثم عدل مؤخراً سنه ١٩٧٣ م فأصبحت العقوبة ثلاثة أشهر .

ومن جهة أخرى ، فإن عقوبات الحدود مقصورة على الجرائم التى وردت فى خصوصها نصوص القرآن أو السنة النبوية . وليس لأحد أن يزيد على هذه الجرائم أو ينقص منها بالرأى فرديًّا كان أو جماعياً . ومن ثم فإن إدخال جرائم لم ينص الشارع عليها نصًّا صريحاً فى نطاق جرائم الحدود أمر غير مقبول لتعارضه مع قواعد الشريعة الإسلامية التى جعلت حق تحديد هذه الجرائم وتعيينها لله ورسوله ، فلا يقال إن جريمة ما هى من جرائم الحدود إلا حين يكون هناك نص على ذلك فى القرآن أو السنة .

فإذا أريد اليوم تطبيق التشريع الجنائى الإسلامى لمكافحة انتشار الخمر بما لها من آثار سيئة على الفرد والجماعة – كما حدث مثلاً فى ليبيا ومن قبلها الكويت – فإن عقوبة هذه الجريمة يجب أن توضع فى إطارها الصحيح الذى بيَّناه فيما سبق . وعلى أساس ما سبق أيضاً يجب تقويم النصوص الخاصة بالعقاب على شرب الخمر والاتجار فيها فى مختلف القوانين الجنائية المعمول بها فى البلاد الإسلامية .

٦١ – اتجاهان تشريعيان :

سبق أن قدمنا أن المشرع الكويتى والمشرع الليبى قد أخذا بالاتجاه إلى تحريم الخمر فى نطاق الجرائم التعزيرية ، وفرض كل منهما لها العقوبة التى رآها مناسبة للظروف الاجتماعية فى المجتمع الذى يشرع له .

وقد اتجه إلى تطبيق هذا الرأى أيضاً مشروع قانون حظر الخمر الذى وضعته اللجنة الفنية لتعديل القوانين السودانية ، وأقرته اللجنة العامة ، وهو بسبيله الآن ليصبح نافذاً فى السودان .

ففى نصوص هذا المشروع تعددت العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها فيه ، وأجاز المشروع أن تكون العقوبة الجلد أو الغرامة أو السجن تاركاً أمر اختيار العقوبة الملائمة فى كل حالة للقاضى الذى ينظر الدعوى ويقضى فيها .

فالمادة الخامسة من المشروع تعاقب على بيع الخمر أو عرضها فى الأماكن غير المرخص بها ، وعلى تعاطى الخمر أو تقديمها فى الأماكن العامة « بالجلد أو السجن لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تجاوز مائة جنيه ، أو بجميع هذه العقوبات أو ببعضها » . (م/ ٥ ف ٣) .

وتنص المادة الخامسة فى فقرتها الخامسة على أن « كل من يكون ثملا فى مكان عام يعاقب عند الإدانة بالجلد أو بالسجن لمدة لا تجاوز أربعة أشهر أو بغرامة لا تجاوز مائة جنيه ، أو بجميع هذه العقوبات أو ببعضها » .

وتمنع المادة السادسة إشهار الخمر والإعلان عنها وتعاقب على مخالفة حكمها « بالسجن مدة

لا تجاوز ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو بالعقوبتين معاً . وتقضى المحكمة فى جميع الحالات بمصادرة المادة الإعلامية وحظر تداولها » .

وتنص المادة العاشرة من المشروع على أن «كل من تعاطى خمراً يعاقب عند الإدانة بالجلد أو بالسجن لمدة لا تجاوز شهراً أو بغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً أو بجميع هذه العقوبات أو ببعضها » .

ويقرر مشروع القانون عقوبة السجن لمدة لا تجاوز سنتين أو الغرامة التى لا تجاوز خمسمائة جنيه ، أو العقوبتين معاً ، لمن يصنع خمراً بقصد الاتجار أو التعامل فيها أو يحوزها لذات الغرض . (م / ١١) ونفس العقوبة مقررة لكل مالك محل أو منزل يديره أو يسمح لغيره بإدارته لأغراض صناعة الخمر أو تخزينها بقصد الاتجار فيها . (م/١٥ ف ١) .

وتجعل المادة الثانية عشرة من المشروع عقوبة صنع الخمر أو شرائها بقصد تعاطيها السجن مدة لا تجاوز شهرين أو الغرامة التى لا تجاوز خمسين جنيهاً أو العقوبتين معاً . وعلى مجرد الحيازة يعاقب المشروع (م/١٣) بالسجن مدة لا تجاوز شهراً أو بغرامة لا تجاوز خمسة وعشرين جنيها أو بالعقوبتين معاً .

وقد جاءت المادة العشرون من المشروع بحكم خاص بالمدمنين على تعاطى الخمر فقررت أنه « إذا ثبت للمحكمة عند إدانتها لأى شخص بموجب المادة ١٠ أو ١٢ أو ١٣ أن هذا الشخص مدمن لتعاطى الخمر فيجوز لها أن تأمر برفع العقوبة عنه وإحالته إلى مؤسسة صحية بالشروط التى تقررها . ويحدد وزير الصحة المؤسسات الصحية المختصة باستقبال المدمنين » .

وقد راعى مشروع القانون السودانى أن الخمر مشكلة اجتماعية – بصفة أساسية – فأنشأ « المجلس القومى لمكافحة الخمر » وجعل له اختصاصات واسعة فى توعية المواطنين بمضار الخمر وحرمتها وإجراء الدراسات والبحوث حول ظاهرة الخمر ووسائل مكافحتها ، ونُصْح رئيس الجمهورية فى جميع المسائل التى تتعلق بمشكلة تعاطى الخمور أو إدمانها أو الاتجار فيها ، (المواد ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤) كما جعلت المادة ٢٥ من مشروع القانون لمحافظى المديريات إنشاء لجان مماثلة للمجلس القومى لمكافحة الخمر وتقوم فى نطاق المحافظة بالمهام التى يقوم بها المجلس فى نطاق الدولة .

وواضح من استعراض النصوص المتقدمة أن المشروع يتجه إلى تبنى الرأى الذى سبق أن شرحناه تفصيلا حول اعتبار عقوبة شرب الخمر عقوبة تعزيرية . وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون « وقد أخذ المشروع بالرأى القائل إن عقوبة الجلد لم ترد فى أصول الشريعة مقدرة بحيث تقوم حدًّا . فلا نص فى القرآن الكريم ، ولم يضطرد عدد واحد فى ضرب الرسول ﷺ ، ولا انعقد الإجماع على حد معين . ومن ثم كان التقدير أن فى الأمر سعة ، وأن العقوبة تعزير ، وهذا هو رأى ابن

تيمية وابن القيم (اقرأ : ابن قيم الجوزية) والشوكانى وغيرهم ورأى عدد من الفقهاء المعاصرين » .

وفى عكس هذا الاتجاه سار مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته فى مصر لجنة الأزهر لمراجعة التشريعات ، حيث نص فى الباب الخامس منه والخاص بأحكام الشرب على أن العقوبة ٤٠ جلدة وجعلت المادة الثانية هذه العقوبة مقررة لمن شرب الخمر أو تعاطاها أو حازها أو أحرزها أو صنعها أو تعامل فيها أو قدمها أو أعطاها أو أهداها (ف/١) وعاقبت نفس المادة وبنفس العقوبة (من وجد فى حالة سكر ظاهر فى مكان عام) ، (ف / ٢) .

وقد أهملت المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون الإشارة إلى اعتبار عقوبة الخمر عقوبة تعزيرية – وهو الرأى الذى انتهينا من قبل إلى صحته – وقررت أنها « أخذت بما قرره الشافعى وأحمد – فى رواية له – من أن الحد فى الخمر أربعون جلدة » .

وفى نفس الاتجاه الفقهى سار مشروع القانون الذى قدمه إلى مجلس الشعب المصرى المرحوم الدكتور إسماعيل معتوق ، حيث نص فى مادته ٣٢٢ على أن « يعاقب بالجلد ثمانين جلدة كل مسلم شرب الخمر أو سكر من غيرها » .

كما قرر هذا المشروع عقوبة الجلد من خمسين إلى سبعين جلدة لكل مسلم شرب المسكر ولم يسكر منه أو تعاطى الخمر أو المسكر عن غير طريق الفم (م/٣٢٥) .

وقرر المشروع عقوبة الجلد من عشر جلدات إلى عشرين جلدة لكل مسلم وجد فى مجلس الشراب أو السكر ولم يثبت أنه شرب الخمر . (م/٣٢٦) وعقوبة الجلد من خمسين إلى سبعين جلدة لمن صنع الخمر أو باعها أو تدخل فى تجارتها أو أعد مكاناً لتعاطيها أو قدمها فيه (م/٣٢٧) .

ولم ينص المشروع على عقوبة لغير المسلم إلا إذا قصد ، بفعله شيئاً مما تقدم ، إطلاق تداول الخمر أو المسكر بين المسلمين أو باعه أو قدمه لأحد من المسلمين (م/٣٢٧ د) .

هذه هى الاتجاهات التشريعية فى تحريم تعاطى الخمر فى البلاد العربية فى الوقت الحاضر. ولا شك أننا نؤيد ما ذهب إليه مشروع قانون حظر الخمر فى السودان ، ونراه أسلم من حيث النظر الفقهى ، وأيسر من حيث التطبيق العملى .

وثمة تفصيلات فى مشروعى القانونين اللذين أعدتهما لجنة الأزهر والدكتور إسماعيل معتوق لعلها أن تكون موضع دراسة مستقلة إن شاء الله(٥٢).

---

(٥٢) لعل أهم هذه التفصيلات هو ما تعلق بتطبيق العقوبة الخاصة بشرب الخمر على غير المسلمين وبالتسوية فى العقوبة بين كافة الأفعال المجرّمة (فى قانون الأزهر) وما تعلق بتحديد العقوبات وتعريف الخمر والمسكر (فى مشروع الدكتور إسماعيل معتوق) .

الردّة

٦٢ – تمهيد وتقسيم :

الردة لغة تعنى الرجوع ، وشرعاً تعنى كفر المسلم بقول أو فعل يخرجه عن الإسلام(٥٣).

والرأى السائد فى الفقه الإسلامى يذهب إلى اعتبار الردة جريمة حد يعاقب عليها بالقتل (أى الإعدام)(٥٤).

ولقد سبق أن عرضنا تعريف جرائم الحدود وعقوباتها ، وبيّنا أن من خصائصها الأساسية أن العقوبة المقررة لها تجب حقًّا لله تعالى (أى لتحقيق مصلحة عامة) وأنها يجب توقيعها كلما ثبت ارتكاب الجريمة الموجبة لها ، بحيث لا يجوز العفو عنها او تخفيضها .

ودراسة الردة تقتضى أن نتبين مدى انطباق أحكام جرائم الحدود وعقوباتها عليها ، لنرى بعد ذلك ما إذا كانت تعتبر من جرائم الحدود ، وتعتبر عقوبتها حدًّا مقدرًا لا يقبل التغيير ، أم أنها تدخل فى إطار نوع آخر من الجرائم ، وتدخل عقوبتها كذلك فى إطار نوع آخر من العقوبات ؟ ولذلك فسوف نقسم دراستنا لهذه الجريمة على نحو يحقق الوصول إلى إجابة عن هذا التساؤل . فنبدأ بدراسة النصوص القرآنية فى شأن الردة ثم نستعرض الأحاديث النبوية فيها ، ونناقش بعد ذلك ما انتهى إليه الفقه الإسلامى ، أو الرأى السائد فيه ، من اعتبار الردة جريمة من جرائم الحدود يعاقب عليها بعقوبة مقدرة ذات حد واحد هى عقوبة الإعدام .

ومن الجدير بالبيان – بادئ ذى بدء – أننا فى دراستنا لجريمة الردة إنما نناقش فحسب وضع العقوبة بين عقوبات الحدود أو فى نطاق غيرها من العقوبات . أما تجريم الردة ، ووجوب فرض عقاب عليها ، فهما أمران مسلمان ولا يدخلان بالتالى فى نطاق بحثنا . وبعبارة أخرى فإن السؤال الذى نحاول

---

(٥٣) جمع عدداً من تعريفات الردة فى مختلف المذاهب الدكتور نعمان السامرائى فى رسالته للماجستير عن أحكام المرتد (قدمت لجامعة بغداد) بيروت ١٩٦٨ ص ٤٣ – ٤٦ .

(٥٤) انظر مثلا : بدائع الصنائع للكاسانى ، جـ ٧ ص ٣٣ وما بعدها ، وعبد القادر عودة جـ ١ ص ٦٦١ – ٦٦٢ . ومما كتبه المستشرقون انظر :

Coulson, N.J.,A History of Islamic Law, Edinburgh, 1971 p. 124; Zwemre, S.M., The Law of Apostasy in Islam, London, 1924.

هنا أن نجيب عليه – مع التسليم بأن الردة جريمة فى النظام الجنائى الإسلامى – هو هل تعتبر العقوبة المقررة لهذه الجريمة من عقوبات الحدود بحيث ينطبق عليها تعريف هذه العقوبات وتثبت لها خصائصها ؟ أم أنها عقوبة أخرى – ليست من عقوبات الحدود – ولها بالتالى خصائصها المستقلة ؟ وفى إطار محاولة الإجابة عن هذا السؤال فقط تدور دراستنا لجريمة الردّة وعقوبتها .

٦٣ – آيات القرآن الكريم فى شأن الردة :

ورد ذكر الكفر بعد الإيمان – الردة – فى القرآن الكريم فى بضع عشرة آية . عبّر القرآن الكريم فى بعضها بلفظ الردة ، وفى بعضها بتعبير الكفر بعد الإسلام .

أما تعبير الردة فقد ورد فى قوله تعالى : (. . . ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردُّوكم عن دينكم إن استطاعوا ، وان يَرتدِدْ منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) البقرة – ٢١٧ .

وفى قوله تعالى : (إن الذين ارتدُّوا على أدبارهم من بعد ماتبيّن لهم الهدى الشيطان سوّل لهم وأملى لهم . ذلك بأنهم قالوا للذين كرهوا ما نزّل الله سنطيعكم فى بعض الأمر ، والله يعلم إسرارهم . فكيف إذا توفَّتهم الملائكة يضربون وجوههم وأدبارهم) محمد – ٢٥ – ٢٧ .

وأما تعبير الكفر بعد الإيمان فقد ورد فى قوله تعالى : (من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضبٌ من الله ولهم عذابٌ عظيم . ذلك بأنهم استحبُّوا الحياة الدنيا على الآخرة وأن الله لا يهدى القوم الكافرين . أولئك الذين طبع الله على قلوبهم وسمعهم وأبصارهم وأولئك هم الغافلون . لا جرم أنهم فى الآخرة هم الخاسرون) النحل – ١٠٦ – ١٠٩ .

وفى قوله تعالى : (أم تريدون أن تسألوا رسولكم كما سُئل موسى من قبل ، ومن يتبدل الكفر بالإيمان فقد ضلّ سواء السبيل) البقرة – ١٠٨ .

وفى قوله تعالى : (كيف يهدى الله قوماً كفروا بعد إيمانهم وشهدوا أن الرسولَ حق وجاءهم البينات والله لا يهدى القوم الظالمين . أولئك جزاؤهم أن عليهم لعنة الله والملائكة والناس أجمعين . خالدين فيها لا يُخفف عنهم العذاب ولا هم ينظرون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم . إن الذين كفروا بعد إيمانهم ثم ازدادوا كفراً لن تُقبل توبتهم وأولئك هم الضالون) آل عمران – ٨٦ – ٩٠ . وفى نفس السورة نجد قوله تعالى : (إن الذين اشتروا الكفر بالإيمان لن يضروا الله شيئاً ولهم عذاب أليم) آل عمران – ١٧٧ .

ويرد التعبير بالكفر بعد الإيمان أيضاً فى سورة النساء فى قوله تعالى : (إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلا) النساء – ١٣٧ .

وفى سورة التوبة : (لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم ، إن نعفُ عن طائفة منكم نعذب طائفة بأنهم كانوا مجرمين) التوبة – ٦٦ .

ويرد التعبير بالكفر بعد الإسلام فى سورة التوبة أيضاً فى قول الله تعالى : (يحلفون بالله ما قالوا ولقد قالوا كلمة الكفر وكفروا بعد إسلامهم وهمّوا بما لم ينالوا وما نقموا إلا أن أغناهم الله ورسوله من فضله ، فإن يتوبوا يَكُ خيراً لهم وإن يتولوا يعذبهم الله عذاباً أليماً فى الدنيا والآخرة وما لهم فى الأرض من وليّ ولا نصير) . التوبة – ٧٤ .

ومن بين هذه الآيات الكريمة نلاحظ أن آية واحدة هى مما نزل فى مكة من القرآن الكريم (الآية ١٠٦ من سورة النحل) فى حين أن الآيات الأخرى هى آيات مدنية . نزل بها الوحى على رسول الله ﷺ فى المدينة ، بعد الهجرة ، وبعد أن أقام الرسول الدولة الإسلامية وكان هو حاكمها ، والإسلام قانونها ، يخضع له رعاياها من مسلمين وغير مسلمين بحكم الاتفاق الذى أبرمه الرسول مع أهل المدينة ومواطنيها عند الهجرة « وثيقة أو صحيفة المدينة »[٥٥] ، وبحكم السيادة الفعلية والقانونية للإسلام فى الدولة .

وعلى الرغم من ذلك فإن الآيات الكريمة التى قدمنا نصوصها لا تشير من قريب أو من بعيد إلى أن ثمة عقوبة دنيوية – يأمر بها القرآن – لتوقع على المرتد عن الإسلام . وإنما يتواتر فى تلك الآيات التهديد المستمر بعذاب شديد فى الآخرة . ويستثنى من ذلك ما أشارت إليه آية سورة التوبة (الآية رقم ٧٤) والتى يتصمن نصها الوعيد بعذاب أليم فى الدنيا والآخرة .

وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الآية لا تفيدنا فى تحديد عقوبة للردة ، لأنها إنما تتحدث عن كفر المنافقين بعد إسلامهم ، ومن المعلوم أن المنافقين لا عقوبة دنيوية محددة لهم لأنهم لا يظهرون الكفر ، وإنما هم يخفونه ويظهرون الإسلام . والأحكام القضائية فى النظام الإسلامى إنما تبنى على الظاهر من الأعمال أوالأقوال ، لا على الباطن الذى انطوت عليه القلوب أو أسرته الضمائر. وفى ذلك يقول رسول الله ﷺ : « إنما أنا بشر ، وإنه يأتينى الخصم ، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض ،

---

(٥٥) انظر فى تفصيل ذلك : كتابنا فى النظام السياسى للدولة الإسلامية ، القاهرة ١٩٧٨ (طـ ثانية) المكتب المصرى الحديث ص ٣١ – ٤١ وقد أوردنا هناك النص الكامل للوثيقة وعلقنا على أهم أحكامها .

فأحسب أنه صدق فأقضى له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هى قطعة من النار - فليأخذها أو يتركها »(٥٦).

وهكذا فإننا لا نجد فى النصوص المتعلقة بالردة فى آيات القرآن الكريم تقديراً لعقوبة دنيوية للمرتد ، وإنما نجد فيها تهديداً متكرراً ووعيداً شديداً بالعذاب الأخروى . ولا شك أن مثل هذا الوعيد لا يرد إلا فى شأن معصية لا يستهان بها . ويكفى أن الله سبحانه وتعالى وقد وعد المؤمنين بمغفرة الذنوب جميعاً ، توعد من كفروا بعد إيمانهم ثم ازدادوا كفراً بأنه لن يغفر لهم ولن يهديهم سبيلا . فالردة فى حكم القرآن الكريم معصية خطيرة الشأن وإن لم تفرض لها آياته عقوبة دنيوية .

٦٤ - هل نسخ قوله تعالى : (لا إكراه فى الدين) ؟ :

ومن ناحية أخرى فإن القرآن الكريم يقرر فى وضوح أنه (لا إكراه فى الدّين قد تبيّن الرشد من الغىّ ، فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك بالعروة الوثقى لا انفصام لها والله سميع عليم . الله ولىُّ الذين آمنوا يخرجهم من الظلمات إلى النور ، والذين كفروا أولياؤهم الطاغوت يخرجونهم من النور إلى الظلمات أولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) البقرة - ٢٥٦ و٢٥٧ .

واستنباط عقوبة المرتد ، أو تأسيسها ، على فهم بعض الآيات المتقدم ذكرها والتى تبيّن عقاب المرتد فى الآخرة ، ينافى صريح قوله تعالى : (لا إكراه فى الدين) . وقد فطن ابن حزم رحمه الله إلى هذا التعارض بين تقرير عقوبة المرتد - استنادا على بعض الآيات التى فيها وعيد المرتدين - وبين قوله تعالى : (لا إكراه فى الدين) فذهب إلى أن هذه الآية الأخيرة من منسوخ القرآن وأن حكمها بالتالى غير محكم . وأن الإكراه مباح فى الدين(٥٧).

ولكن دعوى النسخ فى هذه الآية غير مسلمة ، فإن النسخ لا يكون إلا بنقل « صريح عن رسول الله ﷺ ، أوعن صحابى يقول : آية كذا نسخت آية كذا »(٥٨) و« لا يعتمد فى النسخ قول عوام المفسرين ، بل ولا اجتهاد المجتهدين من غير نقل صريح ولا معارضة بينة ، (أى تعارض آيتين) لأن

(٥٦) رواه البخارى ومسلم ، انظر اللؤلؤ والمرجان لمحمد فؤاد عبد الباقى ، جـ ٢ ص ١٩٢ - ١٩٣ . وقد جمع بين ألفاظ رواياته الواردة فى مختلف كتب الحديث الشيخ عبد الفتاح أبو غدة فى تعليقه على « الاحكام فى الفرق بين الفتاوى والأحكام » للإمام القرافى ، ص ٨٧ - ٨٩ (طـ حلب ١٩٦٧) وفى فتح البارى يشرح صحيح البخارى يقول ابن حجر « وكلهم أجمعوا على أن أحكام الدنيا على الظاهر والله يتولى السرائر » جـ ١٢ ص ٢٧٣ (طـ السلفية ، مصورة عن طبعة المرحوم محمد فؤاد عبد الباقى) .

(٥٧) ابن حزم ، المحلى ، جـ ١١ ص ١٩٥ .

(٥٨) السيوطى ، معترك الأقران فى إعجاز القرآن ، جـ ١ ص ١٢٣ (طـ القاهرة ١٩٦٩) .

النسخ يتضمن رفع حكم وإثبات حكم تقرر فى عهده ﷺ ، فالمعتمد فيه النقل والتاريخ دون الرأى والاجتهاد »(٥٩).

ولا يحتج فى إثبات نسخ قوله تعالى : (لا إكراه فى الدين) بالأحاديث النبوية الصحيحة التى فيها ذكر قتل المرتد – والتى سوف يأتى ذكرها – إذ أن المقرر فى أصول الفقه أن القرآن لا ينسخه إلا قرآن مثله ، وذلك ما يقول فيه الإمام فى الشافعى : «إنما نُسخ ما نسخ من الكتاب بالكتاب ، وإن السنة لا ناسخة ، وإنما هى تبع للكتاب بمثل ما نزل نصًّا ، ومفسرة معنى ما أنزل الله منه مجملا »(٦٠).

ويقول الإمام الشافعى أيضاً : وفى قوله : (ما يكون لى أن أبدّله من تلقاء نفسى) بيان ما وصفت ، من أنه لا ينسخ كتاب الله إلا كتابه . كما كان المبتدئ لفرضه : فهو المزيل المثبت لما شاء منه ، جل ثناؤه ، ولا يكون ذلك لأحد من خلقه » . . . « وفى كتاب الله دلالة عليه ، قال الله : (ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ، ألم تعلم أن الله على كل شىء قدير) فأخبر الله أن نسخ القرآن وتأخير إنزاله لا يكون إلا بقرآن مثله »(٦١).

وقد جمع السيوطى رحمه الله الآيات التى صح فيها عند العلماء أنها منسوخة وهى إحدى وعشرون آية وقال : « لا يصح دعوى النسخ فى غيرها »(٦٢) وليس من بين هذه الآيات قوله تعالى : (لا إكراه فى الدين) .

وعلى ذلك فإن قوله تعالى : (لا إكراه فى الدين) محكم غير منسوخ ، وهذا هو المتفق مع ما تكرر تقريره فى القرآن الكريم من حرية الفكر والرأى والاختيار ، على نحو يشعر بأن ذلك من أصول الإسلام التى لا يدخل مثلها النسخ ولا التبديل(٦٣).

ومما يجدر بيانه هنا أن الفقهاء لا يستندون بصفة أساسية إلى آى القرآن الكريم فى إثبات عقوبة للمرتد ، وإنما مستندهم الأساسى فى ذلك هو أحاديث الرسول ﷺ . وإنما ترد آيات القرآن الكريم فى بحث الفقهاء لعقوبة الردة بياناً لوعيد الله سبحانه وتعالى للمرتد بالعقاب الأخروى . ويقودنا ذلك لبحث حكم الردة الذى قررته السنة النبوية ، فى ضوء الأصل الذى سبق تقريره من أنه لا إكراه فى الدين ، وفى ضوء الحقائق الأخرى المأخوذة من السنة أيضاً والتى نناقشها فى الفقرات التالية .

(٥٩) المرجع السابق ، ص ١٢٤ .
(٦٠) الرسالة للإمام الشافعى ، ص ١٠٦ .
(٦١) الرسالة للإمام الشافعى ، ص ١٠٧ و١٠٨ .
(٦٢) معترك الأقران ، ص ١١٨ .
(٦٣) انظر فى تقرير ذلك وتفصيله : كتابنا فى النظام السياسى للدولة الإسلامية ، ص ١٢٧ – ١٣٢ .

٦٥ – الأحاديث النبوية فى شأن عقوبة الردة :

لا يكاد يخلو كتاب من كتب الفقه الإسلامى من الإشارة إلى بعض آيات الكتاب العزيز التى تتحدث عن الردة ، وما توعّد الله عز وجل به المرتد فى الآخرة . غير أن الأساس الذى يستند إليه الفقهاء فى شأن عقوبة المرتد وكونها من عقوبات الحدود هو بعض أحاديث الرسول ﷺ .

وأكثر هذه الأحاديث تداولا على أقلام الفقهاء وفى كتبهم ثلاثة أحاديث هى : حديث المحاربين من عكل وعرينة – والذى قدمنا الكلام عنه فى معرض نفى رجعية النص الجنائى إلى الماضى – والحديث الذى رواه البخارى وغيره عن ابن عباس رضى الله عنهما : « من بدّل دينه فاقتلوه » . والحديث الذى رواه البخارى ومسلم وغيرهما عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : « لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس ، والثيب الزانى ، والمارق من الدين التارك للجماعة » .

ونناقش فيما يلى هذه الأحاديث الثلاثة لنرى إلى أى مدى يمكن أن يصح استنباط عقوبة القتل حدًّا للمرتد من هذه الأحاديث كلها أو بعضها .

٦٦ – حديث المحاربين من عكل وعرينة :

روى هذا الحديث الإمامان البخارى ومسلم – ورواه غيرهما – عن أنس رضى الله عنه : « أن نفراً من عكل ، ثمانية[٦٤] ، قدموا على رسول الله ﷺ فبايعوه على الإسلام ، فاستوخموا الأرض فسقمت أجسامهم ، فشكوا ذلك إلى رسول الله ﷺ ، قال : [أفلا تخرجون مع راعينا فى إبله فتصيبون من ألبانها وأبوالها] ؟ قالوا : بلى . فخرجوا فشربوا من ألبانها وأبوالها فَصَحُّوا ، فقتلوا راعى رسول الله ﷺ وأطردوا النعم ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأرسل فى آثارهم ، فأدركوا ، فجىء بهم ، فأمر بهم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسمر أعينهم ثم نبذهم فى الشمس حتى ماتوا »[٦٥]. وفى بعض الروايات أنه كان للإبل « رعاة » وأن العرنيين قتلوهم ومثلوا بهم .

وقد فهم بعض العلماء من هذا الحديث أن العقوبة التى وقعها رسول الله ﷺ هى العقوبة المقررة

---

(٦٤) انظر فتح البارى للحافظ بن حجر ، جـ ١٢ ص ٢٤١ حيث يقول إن بعضهم كان من عكل وبعضهم كان عرينة وإن ذلك ثبت فى كثير من الطرق . ولذلك يشير بعض المحدثين والفقهاء إلى هذا الحديث بحديث العرنيين.
وقد جمعنا بين الاسمين (عكل وعرينة) لأن ذلك أكثر مطابقة للواقع حيث كان المحاربون من القبيلتين معاً .

(٦٥) صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١١ ص ١٥٥ ، وصحيح البخارى بشرح ابن حجر (فتح البارى) جـ ١٢ ص ٢٣٠ .

للمرتد . فذكروا الحديث تحت عنوان « حكم المحاربين والمرتدين »(٦٦) أو « باب المحاربين من أهل الكفر والردّة »(٦٧) وقد أدت هذه العناوين إلى أن يزعم بعض المستشرقين أن رسول الله ﷺ كان يكره الناس على الإسلام أوّل الأمر بتعذيبه من يرتد عنه(٦٨).

أما الرأى السائد بين جمهور العلماء – وهو الصحيح – فهو أن النفر من عكل وعرينة لم يقتلوا لمجرد الردة وإنما قتلوا لكونهم محاربين . وفى ذلك يقول ابن تيمية « هؤلاء قتلوا مع الردة ، وأخذوا الأموال ، فصاروا قطاع طريق ، محاربين لله ورسوله »(٦٩).

وعلى ذلك فإن حديث العرنيين – أو المحاربين من عكل وعرينة – لا يصح أن يكون مستنداً للقائلين بأن عقوبة الردة هى القتل حدًّا . لأن جريمة العرنيين لم تكن الردة فحسب ، وإنما كانت جريمتهم هى الحرابة ولذلك عوقبوا بعقوبتها . أو عوقبوا قصاصاً منهم لما فعلوه برعاة الإبل التى سرقوها ، حيث إنهم قتلوا الرعاة ومثلوا بهم فاقتص منهم بمثل ما فعلوا . وقد سبق لنا أن رجحنا هذا الرأى فى معرض حديثنا عن عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى فى الباب الأول من هذه الدراسة .

أما ورود لفظ الردة أو المرتدين فى بعض كتب الحديث عند رواية حديث العرنيين فهو – فيما نرى – من باب حكاية حال هؤلاء النفر ، إذ أنهم جمعوا إلى حرابتهم الردة عن الإسلام . فليس معنى ذكر ردتهم أن ما عوقبوا به هو عقوبة كل مرتد .

٦٧ – حديث الأسباب المبيحة لدم المُسْلِم :

بيّن رسول الله ﷺ أن قتل المسلم لا يباح إلا فى حالة من ثلاث حالات ، أو بسبب من ثلاثة أسباب « النفس بالنفس ، والثيب الزانى ، والمارق من الدين المفارق للجماعة » . والسببان الأولان لا علاقة لهما بالردة وعقوبتها ، إنما فسّر كثير من الفقهاء « المارق من الدين المفارق للجماعة » بأنه المرتد . وقرروا بناء على ذلك أن المرتد يقتل حدًّا بنص هذا الحديث الصحيح .

وهذا التفسير ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، فإن ابن تيمية رحمه الله يقرر أن المقصود بقول

---

(٦٦) الإمام مسلم ، الصحيح ، جـ ١١ ص ١٥٣ ولم يعلّق النووى فى شرحه على هذا العنوان .

(٦٧) الإمام البخارى ، الصحيح بشرح ابن حجر ، جـ ١٢ ص ١٠٩ . وقد علّق ابن حجر على إيراد هذا العنوان على هذا النحو ، وانتقد ادخال المحاربين مع المرتدين (ص ١١٠) .

(٦٨) Zwemre. The Law of Apostasy in Islam, op. cit, p. 39-40; Goldziher; Muslim Studies, London, 1967, p. 16.

(٦٩) الصارم المسلول على شاتم الرسول ، طـ الهند ١٣٢٢ هـ ، ص ٣٢٢ . وفى مثل هذا الرأى : ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، جـ ٣ ص ٧٨ (طـ القاهرة ١٣٧٩ هـ) والطبرى ، التفسير ، جـ ٦ ص ١٣٢ – ١٤٦ (طـ القاهرة ١٣٢٦ هـ) .

رسول الله ﷺ : « المارق من الدين المفارق للجماعة » هو المحارب . ويستند ابن تيمية فى رأيه هذا إلى أن رواية للحديث المذكور قد جاءت مفسّرة على هذا النحو عن عائشة رضى الله عنها . وذلك هو ما رواه أبو داود بسنده عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، إلا بإحدى ثلاث : رجل زنى بعد إحصان ، فإنه يرجم ، ورجل خرج محارباً لله ورسوله ، فإنه يقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض ، أو يقتل نفساً فيقتل بها »(٧٠) . وأخذاً بهذا الحديث قال ابن تيمية : « فهذا المستثنى هو المذكور فى قوله : التارك لدينه المفارق للجماعة . ولهذا وصفه بفراق الجماعة ، وإنما يكون هذا بالمحاربة »(٧١) .

فإذا صح هذا التفسير – وهو عندى صحيح – فإن الأسباب المبيحة لدم المسلم والمذكورة فى حديث عبد الله بن مسعود الذى رواه البخارى ومسلم هى ذاتها التى وردت فى حديث عائشة عند أبى داود ، ويكون النص فى هذا الحديث على المروق من الدين ومفارقة الجماعة مقصوداً به من فعل ذلك بمحاربة الله ورسوله ، وليس بمجرد الردة . وعلى ذلك فإن حكم المرتد الذى لم تقترن ردته بمحاربة جماعة المسلمين التى عبّر عنها رسول الله ﷺ « بمحاربة الله ورسوله » لا يستدل عليه بهذا الحديث .

وبعبارة أخرى فإن الحديث الذى نحن بصدده لا يقرر حكم الردة المجردة ، وإنما يقرر حكم المحارب ، والمحارب يُقتل سواء كان مسلماً أو غير مسلم . فلا يسوغ الاستناد إلى قوله ﷺ : « المارق من الدين المفارق للجماعة » فى إثبات عقوبة القتل حدا للمرتد .

٦٨ – حديث من بدّل دينه فاقتلوه :

روى البخارى بسنده عن ابن عباس رضى الله عنه قول رسول الله ﷺ : «من بدّل دينه فاقتلوه » وقد روى هذا الحديث أيضاً أبو داود فى سننه والإمام مالك فى الموطأ وغيرهم(٧٢) .

وهذا الحديث هو أقوى ما يؤيد المذهب السائد فى الفقه الإسلامى من أن المرتد يعاقب بالقتل حدًّا .

وقد حاول بعض المعاصرين أن ينفى تقرير الإسلام لأية عقوبة على الردة ، أو بعبارة أخرى أن

(٧٠) انظر الصارم المسلول لابن تيمية ، ص ٣١٥ . وسنن أبى داود ، جـ ٤ ص ١٨١ (طـ القاهرة بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد) .

(٧١) ابن تيمية ، المرجع السابق ، ص ٣١٦ .

(٧٢) البخارى بشرح ابن حجر (فتح البارى) ، جـ ١٢ ص ٢٦٧ ، وسنن أبى داود ، جـ ٤ ص ١٨٠ . والإمام مالك ، الموطأ ، ص ٤٥٨ (من طبعة كتاب الشعب بالقاهرة بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى) بلفظ «من غيّر دينه فاضربوا عنقه» والحديث مرسل عند مالك .

ينفى تجريم الردة . فذهب إلى أن الحديث يشير إلى المحارب المرتد ، وهو يعنى بالمحارب ذلك الذى يشارك فعلا فى قتال قائم بين المسلمين وأعدائهم . وعندئذ فإن القتل الذى يجيزه هو القتل فى القتال وبسبب القتال ، وليس القتل كعقوبة لجريمة معينة هى جريمة الردة . ويرى صاحب هذا الرأى أن هذه هى الطريقة الوحيدة لكى لا نقع فى تناقض حين نقرر قتل المرتد حدًّا ، ونقرر فى الوقت ذاته حرية العقيدة التى كفلها الإسلام بقوله تعالى : (لا إكراه فى الدِّين)(٧٣)

ويتساءل صاحب هذا الرأى كيف يمكن أن نقبل هذا الحديث على عمومه الذى يفيد شموله لكل من غيّر دينه ، ومن ثم فإن اليهودى الذى يتنصر ، أو المسيحى الذى يعتنق الإسلام يدخل تحت حكم الحديث فيجب قتله حدًّا ؟

والواقع أن الفقهاء لم يقولوا بسريان الحكم الوارد فى الحديث على كل من بدّل دينه ، وإنما كما يقول الإمام مالك : « ولم يعن بذلك ، فيما نرى والله أعلم ، من خرج من اليهودية إلى النصرانية . ولا من النصرانية إلى اليهودية . ولا من يغيّر دينه من أهل الأديان كلها . إلا الإسلام . فمن خرج من الإسلام إلى غيره ، وأظهر ذلك ، فذلك الذى عُنى به والله أعلم(٧٤).

ولم يخالف فى ذلك إلا الظاهرية وبعض الشافعية . وقد بيّن ابن حزم رأى الظاهرية بقوله فيمن خرج من كفر إلى كفر أنه « لا يترك بل لا يقبل منه إلا الإسلام أو السيف . وبهذا يقول أصحابنا »(٧٥) . وأما الشافعية الذين رأوا قتل من غيّر دينه إلى دين آخر من أهل الكفر فقد نقل رأيهم الحافظ ابن حجر فى شرحه على صحيح البخارى وكذلك نقله ابن حزم فى المحلى(٧٦).

والحديث على الراجح عند العلماء ليس على عمومه ، لأن العموم يشمل من ترك ديناً ، غير الإسلام ، إلى دين الإسلام ، وليس هذا مراداً بالحديث باتفاق الجميع . وقد احتج الجمهور لمذهبهم فى عدم انطباق نص الحديث على من يغير دينه من غير المسلمين ، إلى غير الإسلام ، بأن «الكفر ملة واحدة ، فلو تنصر اليهودى لم يخرج عن دين الكفر ، وكذا لو تهود الوثنى فواضح أن المراد من بدّل بدين الإسلام ديناً غيره لأن الدين فى الحقيقة هو الإسلام . قال تعالى : (إن الدين عند الله الإسلام) وما عداه فهو بزعم المدعى »(٧٧) .

---

(٧٣) Muhammad Ali, The Religion of Islam. Pakistan, 1971, pp. 486-493 (Cairo Ed. 1967, pp. 591 et seq.).

(٧٤) الموطأ ، ص ٤٥٩

(٧٥) المحلى ، جـ ١١ ص ١٩٤ .

(٧٦) فتح البارى جـ ١٢ ص ٢٧٢ ، والمحلى الموضع السابق .

(٧٧) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، الموضع السابق .

ويورد الأحناف على الحديث قيداً آخر يخصصون به عموم لفظه حيث يرون أن المرتدة لا تُقتل ، وأن الحديث مقصور على المرتد من الرجال دون من ترتد من النساء . وقد علّل الحنفية ذلك بأن المرأة لا تقاتل ، وبأن رسول الله ﷺ قد نهى عن قتل النساء ، والنهى عام فيجرى على عمومه ليشمل المرتدة (٧٨)

فعلّة قتل المرتد عند الأحناف أنه قد يقاتل المسلمين مع الكفار أو المشركين فلذلك يقتل ، أما المرأة فليست من أهل القتال فلا تُقتل . وقد عدّد بعض متأخرى الأحناف من يستثنون من تطبيق الحديث الشريف : « من بدل دينه فاقتلوه » فجعلهم أربعة عشر صنفاً من المرتدين (٧٩) ، ويصح لذلك أن يقال إن أصحاب هذا الرأى يخصصون عموم هذا الحديث بالأدلة التى يحتجون بها فى عدم قتل هذه الأصناف الأربعة عشر من المرتدين (٧٩) .

غير أن تخصيص عموم الحديث ، أو تقييد إطلاقه ، على النحو المتقدم ، سواء ما كان منه موضع اتفاق بين الفقهاء ، أو ما كان موضع خلاف بينهم ، لا يؤدى – فى النظر الصحيح إليه – إلى النتيجة التى قال بها صاحب الرأى السابقة الإشارة إليه ، من أن الإسلام لم يقرر للمرتد عقاباً . ويبدو أن الروح الاعتذارية (*) التى سيطرت على صاحب هذا الرأى فى كتابه كله هى التى قادته إلى هذه النتيجة هنا . ولذلك فإننا نعلن اختلافنا معه فى رأيه ، ونسلم بما اتفق عليه جمهور فقهاء المسلمين من أن الردة عمل محرّم فى الشريعة . غير أن الذى يجب أن يتساءل المرء عنه هو أى نوع من العقوبات قرره الإسلام لهذه الجريمة ؟ وهل يوجب حديث الرسول ﷺ : « من بدّل دينه فاقتلوه » عقوبة القتل حدًّا للمرتد ؟ أم أن المسألة تحتمل أن يكون ثمة وجه آخر للنظر فيها ؟

٦٩ – رأى فى عقوبة الردة :

خلصنا فيما تقدم إلى أن القرآن الكريم لم يحدد للردة عقوبة دنيوية ، وإنما توعدت الآيات التى فيها ذكر الردة بعقوبة أخروية للمرتد . وبينا أن الفقهاء يستندون على أحاديث نبوية صحيحة لبيان حكم المرتد ، وأنهم يذهبون – بصفة عامة – إلى أن المرتد يقتل لردته عملا بقول رسول الله ﷺ : « من بدّل دينه فاقتلوه » .

---

(٧٨) المبسوط للسرخسى ، جـ ٩ ص ١٠٨ – ١١٠ .

(٧٩) الحصكفى ، شرح الدر المختار ، جـ١ ص ٤٨٣ .

(*) يطلق الغربيون على الباحثين الذين يحاولون عرض أحكام الإسلام بطريقة لا هدف لها إلا إرضاء الشعور الغربى – أو ذلك هدفها الأساسى – لفظ Apologist. وعلى طريقتهم فى البحث Apologetic

وعلى الرغم من الاتجاه الظاهر فى الفقه الإسلامى إلى تضييق نطاق توقيع العقوبات ، والتوسع الملحوظ فى مختلف المذاهب فى إعمال قاعدة درء العقوبات بالشبهات ، فإننا نلاحظ أن اتجاهاً مغايراً يظهر فى شأن جريمة الردة وعقوبتها . فثمة توسع فى التجريم ، يترتب عليه توسع فى حالات تقرير وجوب توقيع العقاب(٨٠) .

ومع التسليم بتجريم الردة فإننا نتردد فى القطع بأن العقوبة التى قررها لها الإسلام هى عقوبة الإعدام . وأن هذه العقوبة من عقوبات الحدود .

وقد سبق إلى مثل هذا التردد المرحوم الشيخ محمود شلتوت فقال بعد أن بيّن مستند الفقهاء فى تقرير عقوبة الردة ، وخلافهم فى مدى إعمال الحديث النبوى فى قتل المرتد : « وقد يتغير وجه النظر فى المسألة إذا لوحظ أن كثيراً من العلماء يرى أن الحدود لا تثبت بحديث الآحاد ، وأن الكفر بنفسه ليس مبيحاً للدم ، وإنما المبيح هو محاربة المسلمين والعدوان عليهم ، ومحاولة فتنتهم عن دينهم ، وأن ظواهر القرآن الكريم فى كثير من الآيات تأبى الإكراه على الدين »(٨١) .

إن أقوى ما يستند إليه الفقهاء فى إثبات عقوبة القتل حدًّا للمرتد هو الأمر الوارد فى قوله ﷺ : « من بدّل دينه فاقتلوه » والسؤال الذى يجب أن نتصدى للإجابة عليه هنا هو : هل الأمر الوارد فى هذا الحديث يفيد الوجوب ، أو أنه أمر قد أحاطت به قرائن صرفته عن الوجوب إلى غيره ؟

وقبل أن نجيب على هذا السؤال يجدربنا أن نبيِّن أن الأصوليين يختلفون اختلافاً كبيراً حول موجب الأمر ، وما وضعت له صيغته فى اللغة . وقد أوصل بعضهم المعانى التى تفيدها صيغة الأمر إلى بضعة وعشرين معنى ، وذهب بعضهم إلى التوقف فى المراد بالأمر حتى يتبين من القرائن المعنى المراد منه(٨٢) . والصحيح من أقوال الأصوليين هو أن صيغة الأمر وضعت للوجوب ، وأنها لا تصرف عن الوجوب إلى غيره إلا إذا حفّت بها قرائن تؤدى إلى ذلك(٨٣) .

---

(٨٠) انظر مثلا : الحصكفى ، شرح الدر المختار ، جـ١ ص ٤٨٠ – ٤٨٣ . وحاشية الدسوقى على مختصر خليل ، جـ ٤ ص ٣٠٤ – ٣١٦ .

(٨١) المرحوم الشيخ محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، القاهرة ١٩٦٤ ، ص ٣٠١ وقد ذهب الأستاذ الدكتور على راشد (القانون الجنائى ، المصدر السابق ص ٧٢) إلى أن عقوبة الردة لا تنطبق على من ولد من أبوين مسلمين حيث إن الارتداد لا يصدق – عنده – إلا على من « اختار» الإسلام ديناً ، لا من كان الإسلام هو ميراث آبائه وأجداده . ولسنا نوافق على هذا الرأى – على الرغم من وجاهة منطقه – لأسباب كثيرة ليس هنا محل تفصيلها .

(٨٢) انظر : البيضاوى ، منهاج الوصول إلى علم الأصول (القاهرة ١٣٢٦ هـ) ص ٣٧ – ٣٨ ، والنسفى ، منار الأنوار (الأستانة ١٣١٥ هـ) ص ٢٤ – ٢٩ . وأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، أصول الفقه الإسلامى ، جـ١ ص ٣٧٦ – ٣٨٧ .

(٨٣) أستاذنا محمد مصطفى شلبى ، المصدر السابق ص ٣٧٩ .

فإذا تبيّن هذا ، نظرنا إلى حديث رسول الله ﷺ ، المتقدم ذكره ، لنرى أى أنواع القرائن حفّت به ؟

ولعلّ أول ما يرد على الذهن فى هذا الشأن سكوت القرآن الكريم عن تقرير عقوبة دنيوية للمرتد ، على ما قدمنا ، على أن هذا السكوت لا يصلح وحده قرينة لصرف الأمر الوارد فى الحديث النبوى عن موجبه ومقتضاه وذلك لأن الله سبحانه وتعالى قد جعل لنبيه أن يسنّ لأمته فيما « ليس فيه نص حكم ، وقد فرض الله فى كتابه طاعة رسوله والانتهاء إلى حكمه . فمن قبل عن رسول الله فبفرض الله قبل »[٨٤] .

ولكنا وجدنا فى السنن الصحيحة عن رسول الله ﷺ ما يجعلنا نذهب إلى أن الأمر الوارد فى الحديث بقتل المرتد ليس على ظاهره ، وأن المراد منه إباحة القتل لا إيجابه . ومن ثم تكون عقوبة المرتد عقوبة تعزيرية مفوّضة إلى الحاكم – أى القاضى – أو الإمام – أى رئيس الدولة – أو – بعبارة أخرى – مفوضة إلى السلطة المختصة فى الدولة الإسلامية ، تقرر فيها ما تراه ملائماً من العقوبات ولا تثريب عليها إن هى قررت الإعدام عقوبة للمرتد . وهذا – والله أعلم – هو معنى حديث رسول الله ﷺ : أن من بدّل دينه فيجوز أن يعاقب بالقتل ، لا أنه يجب حتماً قتله .

وتتلخص هذه القرائن فى الأمور الآتية :

الأمر الأول : من هذه القرائن التى تصرف الأمر فى الحديث عن الوجوب إلى الإباحة أن الأحاديث التى ورد فيها أن رسول الله ﷺ قتل مرتداً أو مرتدة أو أمر بأيهما أن يقتل كلها لا تصح من حيث السند . ومن ثم فإنه لا يثبت أن رسول الله ﷺ عاقب على الردة بالقتل[٨٥] .

والأمر الثانى : ما رواه البخارى ومسلم من أن « أعرابيًّا بايع رسول الله ﷺ ، فأصاب الأعرابى وعك بالمدينة ، فأتى النبى ﷺ فقال : يامحمد أقلنى بيعتى . فأبى رسول الله ﷺ . ثم جاءه فقال : يامحمد أقلنى بيعتى . فأبى . ثم جاءه فقال : يا محمد أقلنى بيعتى . فأبى . فخرج الأعرابى ، فقال رسول الله ﷺ إنما المدينة كالكير تنفى خبثها وينصع طيبها »[٨٦] وقد ذكر الحافظ ابن حجر ، والإمام

---

(٨٤) الإمام الشافعى ، الرسالة ص ٢٢ . وما بين القوسين اقتباس من كلام الشافعى رحمه الله .

(٨٥) أورد هذه الأحاديث الشوكانى فى نيل الأوطار وبيّن ضعف إسنادها جميعا انظر : نيل الأوطار ، جـ ٧ ص ٢١٧ (ط القاهرة بدون تاريخ) .

(٨٦) البخارى بشرح ابن حجر ، جـ ٤ ص ٩٦ وما بعدها ، ومسلم بشرح النووى ، جـ ٩ ص ٤٥٥ وما بعدها . واللفظ الذى أوردناه هو لفظ مسلم . وعند البخارى « . . . فبايعه على الإسلام » وكذلك هو فى الموطأ ، وقد قال الحافظ ابن حجر إنه لم يقف على اسم الأعرابى ، ونقل عن الزمخشرى أنه قيس ابن حازم ، واستشكل بأنه تابعى كبير مشهور ، وقال لعله قيس ابن حازم آخر (انظر ص ٩٧ من فتح البارى جـ ٤) .

النووى نقلا عن القاضى عياض[٨٧] أن الأعرابى كان يطلب من رسول الله ﷺ إقالته من الإسلام[٨٨] فهى حالة ردة ظاهرة ، ومع ذلك لم يعاقب رسول الله ﷺ الرجل ولا أمر بعقابه ، بل تُرك يخرج من المدينة دون أن يعرض له أحد .

والأمر الثالث : مارواه البخارى عن أنس رضى الله عنه قال : «كان رجل نصرانيًا فأسلم ، وقرأ البقرة وآل عمران . فكان يكتب للنبى ﷺ . فعاد نصرانيًا . فكان يقول ما يدرى محمد إلا ماكتبت له . فأماته الله فدفنوه ، فأصبح وقد لفظته الأرض . . . » الحديث[٨٩] فى هذا الحديث أن الرجل تنصّر بعد أن أسلم وتعلّم سورتى البقرة وآل عمران ومع ذلك فلم يعاقبه النبى ﷺ على ردته .

والأمر الرابع : هو ما وردت حكايته فى القرآن لكريم عن اليهود الذين كانوا يترددون بين الإسلام والكفر ليفتنوا المؤمنين عن دينهم ويردوهم عن الإسلام ، قال تعالى : (وقالت طائفة من أهل الكتاب آمنوا بالذى أُنزل على الذين آمنوا وجه النهار واكفروا آخره لعلهم يرجعون) آل عمران : ٧٢ . وقد كانت هذه الردة الجماعية فى المدينة ، والدولة الإسلامية قائمة ، ورسول الله ﷺ حاكمها ، ومع ذلك لم يعاقب هؤلاء المرتدين الذين يرمون – بنص القرآن الكريم – إلى فتنة المؤمنين فى دينهم وصدهم عنه[٩٠] .

وليس من اليسير علينا أن نسلم مع وجود هذه الوقائع المتعددة للردة ، ومع عدم عقاب الرسول ﷺ للمرتدين فى أى منها ، بأن عقوبة المرتد هى القتل حدًّا . إذ من خصائص الحدود – كما قدمنا – وجوب تطبيقها كلما ثبت ارتكاب الجريمة الموجبة لها .

وإذ كان حديث الرسول ﷺ : «من بدّل دينه فاقتلوه» حديثاً صحيحاً سنده ، فإننا نقول إن الرسول ﷺ إنما أراد بهذا الحديث – والله أعلم – أن يبيح لأمته قتل المرتد تعزيراً . ويكون الشأن فى هذه المسألة هو الشأن في الحديث الذى يجيز قتل شارب الخمر فى المرة الرابعة ، وهو الحديث الذى قدمنا الكلام عنه فى بحثنا لجريمة شرب الخمر وعقوبتها .

ويؤيد ما ذهبنا إليه عدد من الآثار المروية ، والآراء الفقهية التى تذكر عقوبات أخرى للمرتدين

---

(٨٧) انظر ترجمته مختصرة فى الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى ، للحجوى جـ ٤ ص ٥٧ – ٥٨ .

(٨٨) فتح البارى ، وشرح النووى على مسلم ، كلاهما فى الموضع السابق .

(٨٩) البخارى ، كتاب المناقب ، باب علامات النبوة فى الإسلام ، جـ ٤ ص ٢٤٦ (طـ كتاب الشعب بالقاهرة) . وفى رواية لمسلم أنه فرّ من المدينة إلى قومه النصارى .

(٩٠) انظر تفسير القرآن العظيم لابن كثير ، جـ ١ ص ٣٧٣ (طـ القاهرة بدون تاريخ) حيث ورد فى تفسير هذه الآية مثل هذا المعنى .

غير عقوبة القتل. فمن هذه الآثار ما رواه عبد الرزّاق بسنده عن أنس رضى الله عنه قال : «بعثنى أبو موسى بفتح تستر إلى عمر رضى الله عنه ، فسألنى عمر – وكان ستة نفر من بنى بكر بن وائل قد ارتدوا عن الإسلام ولحقوا بالمشركين – فقال : ما فعل النفر من بكر بن وائل ؟ قال فأخذت فى حديث آخر لأشغله عنهم . فقال : ما فعل النفر من بكر بن وائل ؟ قلت : يا أمير المؤمنين قوم ارتدوا عن الإسلام ولحقوا بالمشركين ، ما سبيلهم إلا القتل ؟ فقال عمر : لأن أكون أخذتهم سلماً أحب إلّى مما طلعت عليه الشمس من صفراء أو بيضاء . قال : قلت : يا أمير المؤمنين وماكنت صانعاً بهم لو أخذتهم ؟ قال : كنت عارضاً عليهم الباب الذى خرجوا منه أن يدخلوا فيه . فإن فعلوا ذلك قبلت منهم ، وإلا إستودعتهم السجن»(٩١).

ومن الآثار المروية عن عمر بن عبد العزيز «أن قوماً أسلموا ، ثم لم يمكثوا إلا قليلاً حتى ارتدّوا ، فكتب فيهم ميمون بن مهران إلى عمر بن عبد العزيز» فكتب إليه عمر : «أن رُدَّ عليهم الجزية ودعهم»(٩٢).

وكتب بعض عمال عمر بن عبد العزيز إليه يسأله فى رجل أسلم ثم ارتد ، فكتب إليه عمر بن عبد العزيز : «أن سله عن شرائع الإسلام ، فإن كان قد عرفها فاعرض عليه الإسلام ، فإن أبى فاضرب عنقه ، وإن كان لم يعرفها فغلّظ الجزية ، ودعه»(٩٣).

ومن آراء التابعين رأى إبراهيم النخعى فى المرتد أنه يستتاب أبداً . وقد رواه عنه سفيان الثورى وقال : «هذا الذى نأخذ به»(٩٤).

وفى معرض رده على قول من ذهب إلى قتل المرتد وإن أعلن توبته يقرر الباجى – من أعلام المالكية – أن الردة «معصية لم يتعلق بها حد ولا حق لمخلوق كسائر المعاصى»(٩٥) وكل معصية ليس فيها حد ولا حق لمخلوق فهى مما يجيز العقوبة تعزيراً بلا خلاف .

وإذا لم يكن فى حديث رسول الله ﷺ أن المرتدين يحبسون – كما ذهب إليه عمر بن الخطاب رضى الله عنه – ولا أن يفرّق بين مَنْ عرف شرائع الإسلام ومَنْ لم يعرفها – كما ذهب إليه عمر بن عبد العزيز – ولا أن يعودوا إلى دفع الجزية ويتركوا على دينهم الذى ارتدو إليه – كما أمر به عمر بن عبد

---

(٩١) عبد الرزاق الصنعانى ، المصنَّف . جـ ١٠ ص ١٦٥ – ١٦٦ . وقد رواه ابن حزم بسند آخر وصححه ، انظر المحلى جـ ١١ ص ١٩١ ، ١٩٣ .

(٩٢) المصنف ، جـ ١٠ ص ١٧١ .

(٩٣) المرجع السابق .

(٩٤) المصنّف ، جـ ١٠ ص ١٦٦ .

(٩٥) الباجى ، المنتقى شرح الموطأ ، جـ ٥ ص ٢٨٢ . (طـ القاهرة ١٣٣٢ هـ) .

العزيز أيضاً – فإننا نقول إن ذلك لا يكون إلا وقد فهم أصحاب هذه الآراء المتقدمة أن العقوبة الواردة فى الحديث النبوى الشريف إنما هى عقوبة تعزيرية وليست عقوبة حد .

وحاصل ما تقدم أن عقوبة الردة عقوبة تعزيرية مفوّضة إلى السلطة المختصة فى الدولة الإسلامية ، تقرر بشأنها ما تراه ملائماً من أنواع العقاب ومقاديره . ويجوز أن تكون العقوبة التى تقررها الدولة الإسلامية للردة هى الإعدام . وبذلك نجمع بين الآثار الواردة عن الصحابة والتى ثبت فى بعضها حكم بعضهم بقتل المرتد ، وفى بعضها الآخر عدم قتله . وعلى ذلك أيضاً نحمل رأى إبراهيم النخعى وسفيان الثورى فى أن المرتد يستتاب أبداً ولا يقتل(٩٦) .

وعلى الرغم من مخالفة ما انتهينا إليه لما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، فإن ما قدمناه من أدلة يشهد – فى نظرنا – له . فإن يكن صواباً فالحمد لله ، وإن يكن خطأ فمنّى وأستغفر الله(٩٧) .

٧٠ – الردة فى مشروعى تعديل قانون العقوبات المصرى :

ورد فى مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى الذى قدمه إلى مجلس الشعب فى مصر المرحوم الدكتور إسماعيل معتوق نص واحد يتعلق بجريمة الردة . وذلك هو نص المادة ١٦٠ من المشروع والذى يقضى بأن «يعاقب بالإعدام شنقاً من يرتد عن دين الإسلام بعد أن يستتاب ثلاثة أيام ، والمرتدة تستتاب فإن تابت وإلا تنفى حتى تتوب» .

وفى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع بيّن صاحبه أن المقصود بالإعدام هنا هو تطبيق عقوبة الحدّ التى قررها الفقهاء لجريمة الردة ، فقالت المذكرة الإيضاحية «والمرتد إن كان رجلاً يقتل بإتفاق الفقهاء ، وكل ما ورد من النصوص بأحكام الردة يتجه إلى أن الحد قتل المرتد»(٩٨) . وفى حكم المرتدة تقرر المذكرة الإيضاحية «أما المرتدة فبعض الفقهاء قرر أنها تقتل والبعض الآخر قال إنها تستتاب ، فإن لم تتب حبست . وقد درأ المشروع هذا الحد عن المرأة بتلك الشبهة»(٩٩) .

ونلاحظ على نص هذا المشروع ومذكرته الإيضاحية أن النص قد جمع بين آراء أكثر من مذهب فقهى ، فإن المصدر الأساسى للنص هو مذهب الإمام أبى حنيفة ، إذ هو الذى يفرق بين المرتد

---

(٩٦) انظر فى الآراء المختلفة المروية عن الصحابة والتابعين : المحلى لابن حزم ، جـ ١١ ص ١٨٩ وما بعدها ، والمصنف لعبد الرزاق الصنعانى ، جـ ١٠ ص ١٦٤ ومابعدها .

(٩٧) من المأثور عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه كان إذا سئل عن أمر ليس فيه نص قال : «أقول فيه برأيى ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمنّى ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريئان» .

(٩٨) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ، ص ٧ .

(٩٩) المصدر نفسه .

والمرتدة . أما مدة الإستتابة فإن الأحناف يرون أنها ثلاثة أيام(١٠٠) ، وقد رويت الاستتابة شهراً عن بعض المالكية(١٠١) . وأما المذكرة الإيضاحية فقد قررت أن اختلاف الفقهاء شبهة يدرأ بها الحد عن المرتدة . والصحيح أن الشبهة ليست هي اختلاف الفقهاء ، وإنما الشبهة في تعارض أدلة النهي عن قتل النساء وأدلة إباحة قتل المرتد . فخصّ الحنفية من عموم الأدلة الأخيرة ما أخرجته الأولى . ومن المقرر في الفقه الجنائي الإسلامي أن إختلاف آراء الفقهاء لا يعد – بذاته – شبهة دارئة للعقوبة .

وقد أورد مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر في الباب السابع المعنون « الأحكام الخاصة بحدّ الردة » عقوبة المرتد فنصت المادة الرابعة من الباب السابع المشار إليه على أن « يعاقب المرتد عن دين الإسلام – ذكراً كان أم أنثى – بالإعدام إذا كان لا يرجى استتابته أو أمهل لمدة لا تزيد على ستين يوماً » . وعرفت المادة الأولى المرتد بأنه « المسلم الراجع عن دين الإسلام سواء دخل في غيره أم لا » وحددت المادة الثانية الأفعال التى تقع بها جريمة الردة فنصت على أن « تقع جريمة الردة :

١ – بقول صريح أو بفعل قاطع الدلالة في الرجوع عن الإسلام .

٢ – بإنكار ما علم من الدين بالضرورة .

٣ – بالهزء قولاً أو فعلاً بنبي أو رسول أو ملك أو بالقرآن الكريم .

كما قررت المادة الثالثة :

١ – تتحقق توبة المرتد بالعدول عما كفر به .

٢ – ولا تقبل توبة من تكررت ردته أكثر من مرتين .

ويلاحظ أن هذا المشروع الذى أعدته لجنة الأزهر لم يأخذ برأى الأحناف في التفرقة بين ردة المرأة وردة الرجل ، على نحو ما صنع المشروع الآخر . كما أنه كان أكثر اهتماماً بالتفصيلات حيث حدد ما تكون به الردة من الأقوال والأفعال ، ووضع أحكاماً للتوبة ، كما اهتم في المادة الخامسة منه بتحديد الآثار المدنية للردة من حيث بطلان التصرفات أو صحتها ، وميراث المرتد في أمواله التى اكتسبها قبل الردة فيرثها ورثته المسلمون ، وأيلولة أمواله التى كسبها في أثناء ردته إلى بيت المال (اقرأ : الخزانة العامة) .

---

(١٠٠) الحصكفي ، شرح الدر المختار ، جـ ١ ص ٤٧٩ .

(١٠١) نقل ذلك ابن حزم في المحلى ، جـ ١١ ص ١٩١ ، أما كتب المالكية ففيها أنه يستتاب ثلاثة أيام أو يستتاب في الحال . وانظر : الباجي ، المنتقى شرح الموطأ ، جـ ٥ ص ٢٨٢ .

ولعل أهم ما أثارته المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون هو نصها على اعتبار معتنق الشيوعية مرتداً عن الإسلام . مستندة فى ذلك إلى عبارة لشيخ الأزهر الشيخ عبد الحليم محمود يقول فيها : «والفتاوى كلها تتساند وتتكاتف فى إجماع لا يتزعزع وفى قوة لا تفتر : بأن الشيوعية كفر ، وأن الذين يدينون بها ليس لهم فى الإيمان من نصيب» وإلى فتوى أصدرتها لجنة الفتوى بالأزهر فى ١٢ من ربيع الثانى سنة ١٣٨٥ هـ الموافق ١٩٦٥/٨/٩ م قالت فيها : «إن الشيوعية مذهب مادى لا يؤمن بالله ، وينكر الأديان ويعتبرها خرافة . فالشيوعى الذى عرف بشيوعيته – ولا يزال مصراً عليها يعتبر فى حكم الإسلام مرتدًّا»(١٠٢).

وقد ذهب أيضاً إلى تقرير اعتبار الشيوعى مرتدًّا عن الإسلام بمجرد اعتناقه الشيوعية بعض الباحثين المعاصرين مستنداً إلى فتوى لجنة الفتوى بالأزهر المشار إليها(١٠٣).

ولا شك عندنا فى أن معتنق الشيوعية كمذهب متكامل يعتبر مرتداً عن الإسلام ، وتثبت له أحكام المرتد . غير أن لنا على مسلك مشروع قانون الأزهر ملاحظتين :

الأولى : أن النص على اعتبار الشيوعية ردة كان يجب أن يأتى فى صلب نصوص مشروع القانون . فكانه الصحيح هو نص المادة الثانية التى تحدد ما تقع به جريمة الردة . إذ من المقرر(١٠٤) أن ما يرد فى المذكرات الإيضاحية للقوانين لا ينشئ أحكاماً سكت عنها القانون ذاته . وإنما قصاراه أن يوضح غامض القانون ، ويفسر مشكله . وليس اعتبار اعتناق الشيوعية ردة من هذا الباب وإنما هو حكم جديد مستقل عما أثبته القانون فكان يجب أن يرد فى صلب نصوص القانون ذاته .

والثانية : أن المشكلة التى كان يجب أن يواجهها واضعو المشروع هى المشكلة العملية القائمة حالياً فى مصر وغيرها من البلاد العربية . فكثيرون هم أولئك الذين يعلنون اعتناقهم للمبادئ الإقتصادية وللأفكار التى تحمل عنوان العدالة الاجتماعية ، مما فجّر الكلام فيه أنصار المذهب الشيوعى ويدعون إلى تطبيق هذه المبادئ والأفكار على النحو الذى يدعو إليه الشيوعيون وهم فى الوقت ذاته يظهرون الإسلام ويؤدون فرائضه فيصلون ويحجون . . . إلخ . فما حكم هؤلاء فى منطق مشروع القانون .

---

(١٠٢) ص ٤٦ – ٤٧ من المذكرة الإيضاحية ، لمشروع الأزهر لتطبيق الحدود الشرعية .

(١٠٣) الدكتور نعمان السامرائى ، أحكام المرتد ، ص ٨٣ وما بعدها .

(١٠٤) انظر :

Allen, C.K. Law in the Making, London, 7th Ed. 1975 (reprint), P. 493 and 510-511.

وهل نحكم عليهم بالردة لاتفاق آرائهم فى بعض المواضع مع آراء الشيوعيين ، أو بالإسلام لإعلانهم الإيمان به ؟

إن كون الأحكام الإسلامية تبنى على الظاهر من أحوال الناس وأقوالهم وأفعالهم . والتحذيرات الواردة فى السنة الصحيحة من أن يكفّر المسلم أخاه المسلم بلا بيّنة . ووجوب حمل تصرفات الناس وأقوالهم على أحسن محاملها ومعانيها ، كل ذلك يدعونا إلى القول بوجوب التفرقة بين من يعتنق الشيوعية فى نظرتها المتكاملة التى تنكر الأديان وتحاربها ، وهذا يعدّ – إن كان مسلماً – مرتدًّا عن الإسلام بإعلانه اعتناق الشيوعية . وبين من يؤيد بعض آراء الشيوعيين فى الحياة الإقتصادية وسياستها وتخطيطها . وفى شأن مثل هذا الشخص يجب التوقف حتى يتبين لنا ما إذا كان يجوز الحكم بردته – لسبب أو آخر – أو بإسلامه لظاهر إعلانه الإسلام والتزامه أحكامه .

الفصل الثانى

جرائم الحدود المتفق عليها

١ - السرقة
٢ - المحاربة
٣ - القذف
٤ - الزنى

السرقة

٧١ – تعريف وتمهيد :

يعرّف الفقهاء السرقة بأنها «أخذ مال الغير خفية بنيّة تملّكه» . ويكاد هذا التعريف – من ناحية – أن يكون موضع اتفاق تام بين الفقهاء[١] . وهو – من ناحية أخرى – يتطابق وتعريف السرقة فى النظم الجنائية الحديثة ، حيث تعرف السرقة فى القانون المصرى – مثلاً – بأنها «اختلاس مال منقول مملوك للغير»[٢] ، بما يشير إليه لفظ «الاختلاس» فى اللغة القانونية من كون الأخذ خفية ، أو بغير رضاء صاحب المال . وتعرّف السرقة فى القانون الجنائى الإنجليزى بقريب من هذا التعريف[٣] .

ومعنى الأخذ خفية أن يتم فى غيبة المجنى عليه ، أو دون علمه ، وبغير رضاه . كأن يسرق زيد متاع بكر من داره فى أثناء نومه أو غيابه عن داره . فإذا كان الأخذ دون علم المجنى عليه ولكنه رضى به فلا جريمة فى الأمر ، وإذا كان الأخذ فى حضور المجنى عليه ودون مغالبة فالفعل اختلاس لا سرقة والاختلاس مختلف فى عقوبته بين الفقهاء ، فمن قائل عقوبته قطع اليد كالسرقة ومن قائل عقوبته تعزير يترك تقديره للسلطة المختصة فى الدولة .

ويشترط لكى يعتبر الفعل سرقة أن يكون الأخذ تامًّا ، ولا يعد الأخذ تامًّا إلا إذا توافرت ثلاثة شروط : أولها : أن يخرج السارق المال المسروق من حرزه المعد لحفظه ، ثانيها : أن يخرج الشىء المسروق من حيازة المجنى عليه ، وثالثها : أن يدخل الشىء المسروق فى حيازة السارق . فإذا تخلّف واحد من هذه الشروط لا يعد الفعل سرقة تامة ، وإنما مجرد شروع فيها والعقوبة فيه التعزير .

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٦٥ ، وابن قدامة ، المغنى ، جـ ٩ ص ١٠٤ ، والروض النضير فى فقه الزيدية للسياغى ، جـ ٤ ص ٥١١ . وهذه الكتب على الرغم من تمذهب مؤلفيها تعتبر من كتب الفقه المقارن .

(٢) الأستاذ الدكتور على راشد ، القانون الجنائى ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

(٣) عرف قانون السرقة الصادر فى سنة ١٩٦٨ The Theft Act, 1968 السرقة على النحو التالى :

A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it.

See Section 1 (1) and (2) of the Act. For details see:

Harris, Criminal Law (22 nd Ed. 1973) P. 498; and Cross & Jones, Introduction, 1976, p. 191.

فمن دخل بيتاً ليسرق ما فيه فضبط قبل أن تصل يده إلى المتاع الذى نوى سرقته ، أو ضبط وهو يقوم بجمعه ، فلا يعتبر فعله هذا سرقة لأنه لم يخرج الشىء المراد من حرزه ، أو لم يخرجه من حيازة المجنى عليه ، ومن ثم يعتبر مثل هذا الفعل شروعاً فى ارتكاب السرقة عقوبته التعزير[٤].

هذا عند جمهور الفقهاء . أما الظاهرية فيرون وجوب توقيع العقوبة تامة (قطع اليد) فى كل شروع فى السرقة وذلك لسببين : أولها أنهم يرون مجرد البدء فى الفعل المكون لجريمة السرقة كافياً لأن يعد الفاعل سارقاً . وثانيها أنهم لا يرون اشتراط الحرز فى السرقة . كما سنبين فيما يلى[٥] .

أما كون المأخوذ مالاً فقد قال به الفقهاء إذ كان الرقيق (نساء ورجالاً) محلاً للسرقة ، أما الآن بعد أن بطل الرق فقد أصبح محل السرقة هو المال فحسب . إلا أن الظاهرية وبعض المالكية يرون أن الطفل غير المميز محل للسرقة ، ولو كان حرًّا ، وعلى آخذه عقوبة القطع كالسارق لأى مال . ويتفق مع هؤلاء بعض فقهاء الشيعة الزيدية فيجعلون الصبى غير المميز محلاً للسرقة ويقطعون سارقه[٦].

ويجب أن يكون المال المسروق منقولاً ، وهو كل ما يقبل النقل إما بطبيعته وإما بفعل الجانى ، وذلك لأن السرقة يشترط فيها إخراج المسروق من حرزه ونقل حيازته من المجنى عليه إلى السارق وهذا لا يكون إلا فى المنقول . والمال المنقول الذى تقع عليه السرقة هو المتقوّم ، ويجب أن يكون متقوّماً بصفة مطلقة ، فلا قطع فى سرقة الخمر والخنزير لأن قيمتهما نسبية عند غير المسلم فقط ، أما المسلم فهما غير متقومين عنده . ويستوى أن يكون مالك المال المسروق مسلماً أو غير مسلم ، ويستوى كذلك أن يكون السارق مسلماً أو غير مسلم . إذ العبرة هنا بتقوّم المال أو عدم تقوّمه .

والمال المتقوّم ، والمال المحترم ، والمال الذى له قيمة ، كل هذه التعبيرات تأتى فى كلام الفقهاء بمعنى واحد . . والمراد منها جميعاً أن السرقة يجب أن ترد على شىء يجعل الناس له قيمة فى معاملاتهم ولا يتسامحون فيه عادة ، فإن كان المال المسروق تافهاً أو مما يتسامح فيه الناس عادة كالماء والحطب وأمثالها فلا قطع فى أخذه . وذلك كله فيما لا يبلغ نصاباً أما ما بلغ نصاباً فالسرقة به تتم وتستحق عليها العقوبة .

وبين الفقهاء خاصة أصحاب أبى حنيفة وأصحاب مالك رضى الله عنهما ، خلاف كبير فى أنواع الأموال ومدى تقوّمها ومن ثم وجوب القطع فيها أو عدمه . على أنه يكفينا هنا أن نعرف أن المال

---

(٤) الزرقانى فى شرحه على مختصر خليل ، جـ٨ ص٩٨ ، والمدونة الكبرى جـ١٦ ص ٧٢ ، والمغنى لابن قدامة ، جـ١٠ ص ٢٤٩ .

(٥) المحلى لابن حزم الظاهرى ، جـ١١ ص٣١٩ ,٣٣٧ .

(٦) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى ، جـ٢ ص ٥٤٣ ، وشرح الزرقانى ، جـ٨ ص ٩٤ .

يجب أن يكون متقوماً باتفاق الجميع «وما ليس بمتقوم فلا قطع فيه»[٧].

ويشترط بعد ذلك – عند جماهير الفقهاء – أن يكون المال المسروق محرزاً ، وأن يبلغ نصاباً وسوف نعرض لهذين الشرطين وخلاف الفقهاء فيهما قريباً .

أما نية التملك أو «القصد الجنائي» فتتوفر كلما كان الجانى قد أخذ الشيء وهو عالم أن أخذه محرم ، قاصداً أن يتملكه لنفسه دون علم المجنى عليه ودون رضاه . فمن أخذ شيئاً معتقداً أنه مباح أو متروك فلا عقاب عليه لانعدام القصد الجنائى عنده . ومن أخذ شيئاً بغير قصد تملكه ، كأن أخذه ليطلع عليه ويفحصه ، أو لاستعماله ثم إعادته ، أو أخذه على سبيل الدعابة ، أو معتقداً أن مالك الشيء موافق على أخذه ، كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم سارقاً لانعدام نية التملك المجرّم أو «القصد الجنائى» عنده .

ومن استولى على مال مملوك له كان فى حيازة غيره ، لا يعد سارقاً لأن النية المعتبرة هنا هى نية إدخال ملك الغير فى ملك السارق وحيازته ، أما المملوك له فلا يتصور توافر هذه النية فى شأنه .

ومن أخذ شيئاً متنازعاً على ملكيته لا يعاقب على السرقة إذا ثبتت له الملكية بعد ذلك ، فإذ لم يثبت أنه مالك الشيء حقًّا ، فالعبرة «بجدية النزاع» فحيثما كان النزاع جديًّا ، وكان الجانى معتقداً أنه يأخذ ما يملك فعلاً لم يعاقب على السرقة . وينبغى التنبيه هنا إلى أن ما ذهب إليه بعض المتأخرين من الفقهاء من أن مجرد دعوى الملكية شبهة ترفع العقاب ، كلام لا أساس له من شريعة الإسلام ومن ثم فلا يعول عليه[٨].

٧٢ – عقوبة السرقة.:

فإذا بلغت السرقة التامة ، التى تتوفر فيها الشروط السابقة ، القاضى كان عليه بعد ثبوتها لديه أن يحكم بما أمر الله به فى السارق والسارقة ، حيث قال تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله» المائدة – ٣٨ .

ومن قضاء رسول الله ﷺ فى السرقات ، علمنا أنه لا تجوز الشفاعة فى الحدود ولا العفو عنها .

---

(٧) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ١٠ ص ٢٤٥ وما بعدها ، وعبد القادر عودة ، جـ ٢ ص ٥٥٤ وما بعدها .

(٨) انظر البحث الذى كتبه العلامة محمد الحجوى فى كتابه القيم : الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى ، جـ ٢ ص ١٤٤ حيث يقول «فأمثال هذه الفتاوى مستشبع فى الدين ، معاب بلا شك» . وفى تحديد القصد الجنائى على النحو الذى قدمناه فى المتن . تكاد النظرة الإسلامية أن تكون متطابقة تماماً مع ما قرره The Theft Act. 1968 فى إنجلترا من حالات وجود وانعدام القصد الجنائى ، انظر فى تفصيل ذلك : Cross and Jones, op. cit. 208-209

فقد روى البخارى ومسلم أن «قريشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية التى سرقت ، فقالوا : من يكلم فيها رسول الله ﷺ ؟ فقالوا : ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد ، حِبُّ رسول الله ﷺ ، فكلّمه أسامة . فقال رسول الله ﷺ «أتشفع فى حد من حدود الله ؟» ثم قام فاختطب ، ثم قال : «إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد . وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»(٩) .

وفى رواية لمسلم «كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده ، فأمر النبى ﷺ بقطع يدها ، فأتى أهلها أسامة فكلموه ، فكلم رسول الله ﷺ فيها» . . ثم ذكر الحديث بنحو ما تقدم . وقد ذكر فى هذا الحديث جحد العارية وصفاً للمرأة لا سبباً لقطع يدها(١٠) .

ومن ثم فلا يجوز للقاضى أن يحكم بغير العقوبة المقررة للسرقة أيًا كان شخص السارق أو المجنى عليه متى كانت الجريمة مما يجب فيه القطع طبقاً للشريعة الإسلامية .

أما السرقة التى اختل فيها ركن أو شرط من الأركان أو الشروط السابقة والتى يعاقب عليها بالتعزير فللقاضى فيها سلطة تقديرية يقرر فى حدودها العقاب : نوعه وكيفية توقيعه ، وذلك ما لم تصدر السلطة المختصة فى الدولة تشريعاً يعالج الجرائم التعزيرية . أما إذا أصدرت الدولة مثل هذا التشريع ، فسلطة القاضى تقتصر على تطبيقه .

والحديث المتقدم من أصول قواعد العقاب فى الشريعة الإسلامية ، وما يقرره من أحكام فى شأن عقوبة السرقة ينطبق على عقوبات الحدود كلها ، فلا يدخلها عفو ولا زيادة ولا نقصان . وعلى العكس من ذلك عقوبات القصاص والتعازير ، فالأولى يدخلها العفو ، والثانية تقبل مع العفو التغيّر من شخص إلى شخص حسب ظرف الجانى وماضيه أو ظروف المجنى عليه ، وظروف إرتكاب الجريمة ذاتها(١١) .

وما قدمناه حول السرقة من تعريفها وشروطها وعقوبتها يكاد أن يكون متفقاً عليه بين فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة ، وما وقع حوله خلاف – منه – فليس للخلاف فيه من الأهمية ما يجعلنا نعنى بدراسته والوقوف عنده . غير أن بعض مواضع الخلاف الفقهى تحتاج إلى بيان . وهذه هى التى سوف نعرض لها فى الفقرات التالية : وهى الخلافات حول الحرز ، وحول النصاب . وحول مكان

---

(٩) انظر : اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، لمحمد فؤاد عبد الباقى ، جـ ٢ ص ١٨٥ – ١٨٦ .

(١٠) انظر : مشكاة المصابيح ، جـ ٢ ص ٣٠٢ (بتحقيق المحدث ، الشيخ محمد ناصر الدين الألبانى) وفى كون جحد المتاع لم يكن سبب قطع يدها ، انظر : الزيلعى ، نصب الراية ، جـ ٣ ص ٣٦٥ – ٣٦٦ .

(١١) انظر ما يأتى فى البابين الثالث والرابع من هذه الدراسة .

قطع يد السارق وتكراره بتكرر السرقة ، وحول سرقة المال العام . والرأى الذى نختاره فى كل من هذه الأمور يترتب عليه موقف معين فى تطبيق عقوبات الحدود فى هذا العصر ، هو الذى ندعو إليه وندافع عنه . وسوف نعنى ببيان ما قررته محاولات تقنين عقوبات الحدود سواء فى مصر أو فى غيرها من الدول ، وموقفنا مما أوردته هذه المحاولات من نصوص .

٧٣ – اشتراط كون المال المسروق محرزاً :

الأصل فى الأموال المنقولة أن تكون محرزة عادة فى الأماكن المخصصة لذلك فى كل مال حسب نوعه . ومكان حفظ المال هو الذى يعرف فى اصطلاح الفقهاء «بالحرز» ويقولون «حرز مثله» أى الحرز الذى يحفظ فيه هذا المال المعين ، وأمثاله ، عادة .

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة وفقهاء الزيدية على اشتراط كون المال محرزاً عند سرقته لكى تعتبر السرقة جريمة تامة يعاقب عليها بالحد المقرر فى القرآن الكريم أى بقطع يد السارق .

وخالف فى هذا الرأى فقهاء الظاهريين ، وعلى رأسهم الإمام ابن حزم الظاهرى حيث نفوا اشتراط الحرز وذهبوا إلى أنه لم يدل عليه أى حديث صحيح .

أما حجة الأولين فقول رسول الله ﷺ «لا قطع فى ثمر ولا كثر»[١٢] وقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن الثمر المعلق فقال «. . . من سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع»[١٣] . ولم تصح هذه الأحاديث بالطرق التى وصلت بها ابن حزم ، عنده ، ومن ثم فقد أنكر وجوب كون المال المسروق محرزاً[١٤] .

فالخلاف فى حقيقته يدور حول صحة الأحاديث الواردة فى المسألة أو عدم صحتها . وقد تبين مما تقدم أن الأحاديث التى أشرنا إليها صحيحة ، فقد روى مالك فى موطئه أولها ، وكل الذى فى الموطأ من حديث رسول الله صحيح[١٥] . وروى أبو داود والنسائى الثانى منها بسند حسن – والحسن من أقسام الحديث الصحيح الذى يحتج به فى الأحكام – ومن ثم فإن الصحيح هو اشتراط الحرز فى

---

(١٢) رواه مالك فى الموطأ ، ص ٥٢٤ ، ورواه أبو داود فى سننه ، جـ ٤ ص ١٩٣ ، وابن ماجه فى سننه ، جـ ٢ ص ٨٦٥ ، وهو مرسل عند مالك وأبى داود ، موصول عند ابن ماجه . وهو حديث صحيح .

(١٣) رواه أبو داود ، جـ ٤ ص ١٩٤ ، وابن ماجة جـ ٢ ص ٨٦٥ – ٨٦٦ بلفظ مختلف وسنده حسن كما قال المحدث الألبانى فى تعليقه على مشكاة المصابيح ، جـ ٢ ص ٢٩٨ .

(١٤) المحلى ، جـ ١١ ص ٣١٩ – ٣٢٧ .

(١٥) اللهم إلا أربعة أحاديث ، قال فيها ابن عبد البر إنها لم توجد موصولة بوجه من الوجوه (!) انظر مقدمة المرحوم محمد فؤاد عبد الباقى لطبعته من الموطأ .

المال المسروق . . أى أن يكون المال المسروق موجوداً وقت الإستيلاء عليه فى حرزه أو كما يعبر الفقهاء فى «حرز مثله» .

ولابد أن نبين هنا أن ما يعتبر حرزاً وما لا يعتبر ، يختلف تحديده باختلاف العرف فى الزمان والمكان ، ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء حول السرقة من بيت المال ، والسرقة من الحمامات العامة ، والاختلاس وهو أخذ المال مجاهرة دون مغالبة – كما فى الاحتيال والخطف – والسرقة من المساجد وغير هذه الصور . . والصحيح فى كل هذه الصورة وأمثالها أن يقضى فيها تبعاً لعرف الناس فى الزمان والمكان الذى ترتكب فيه السرقة . ويسترشد فى هذا بأقوال الفقهاء ، لا على أنها هى القانون الواجب الاتباع ، وإنما على أنها قواعد تعين على تحديد المراد من النصوص الشرعية فى مواضعها .

ومن جهة أخرى فإن كل سرقة لا يوقع فيها الحد بسبب تخلف شرط من شروطه ، يعاقب عليها تعزيراً وبذلك لا يفلت سارق من العقاب ، ولا يتوسع فى تطبيق الحدود التى احتاط الشارع فى إثباتها أعظم الاحتياط .

وقد أخذ بوجوب كون المال المسروق محرزاً عند سرقته قانون تطبيق حدّى السرقة والحرابة فى ليبيا (القانون الصادر فى ١١/١٠/١٩٧٢) فنصَّ فى مادته الأولى على أن يكون المال المسروق «منقولاً ، متمولاً ، محترماً ، مملوكاً للغير ، فى حرز مثل . . . » .

وكذلك أخذ بنظرية الحرز المشروع الذى قدمه المرحوم الدكتور إسماعيل معتوق لتعديل قانون العقوبات المصرى . وقد جاء النص على ذلك فى المادة ٣١١ . «يعاقب من سرق مالاً مملوكاً لغيره فى حرز مثله . . . » .

ونصت المادة الأولى من مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر على إشتراط أن يكون المال المسروق مأخوذاً «من حرز مثله» .

ومن تطبيقات نظرية الحرز أيضاً ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون السرقة والحرابة فى ليبيا من عدم تطبيق حدّ السرقة إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة فى أثناء العمل فيها أو أى مكان آخر مأذون للجانى فى دخوله ولم يكن المسروق محرزاً (ف ١) وإذا حصلت السرقة بين الزوجين أو الأصول والفروع (ف ٢)[١٦] وإذا كان المسروق ثماراً على الشجر أو ما يشابهها كالنبات المحصود (ف ٥) وإذا كان الجانى شريكاً فى الملك أو مستحقاً فى وقف (ف ٩) .

---

(١٦) نصت هذه الفقرة على عدم تطبيق حد السرقة إذا وقعت الجريمة بين المحارم ، وهذا ليس من تطبيقات نظرية الحرز ، وإنما علة هذا النص الحفاظ على العلاقات الأسرية ، وإن كان حكمه محل نظر . وقد ورد مثل هذا الحكم فى مشروع قانون الحدود الشرعية م/٣ ف ٢ . وبنفس الألفاظ التى استعملها المشرع الليبى .

وقد أورد مشروع قانون الأزهر تطبيقات مماثلة لنظرية الحرز فى مادته الثالثة فى الفقرات (١) و (٢) و (٥) . وجاء المشروع خالياً من الحكم المشار إليه فى الفقرة (٩) من المادة الثالثة فى القانون الليبى .

٧٤- نصاب السرقة :

بينا من قبل أن المال الذى تجب بسرقته عقوبة قطع اليد لابد أن يبلغ نصاباً أى حدًّا معيناً فإذا نقصت قيمة المال عن هذا الحد لم يكن هناك قطع ، ووجب التعزير . وذلك ثابت بنص حديث رسول الله ﷺ فيمن سرق ما لم يبلغ نصاباً «عليه غرامة مثليه وجلدات نكال» .

وفى رواية «عليه غرامة مثليه والعقوبة»[١٧] . وليست العقوبة هنا حدًّا لأن الحديث ذاته يقرر أن عقوبة الحد تجب على من بلغت قيمة ما سرقه نصاباً .

وقد إختلف الفقهاء حول قيمة الشىء المسروق التى إذا بلغها وجب القطع فى سرقته ، فذهب الأحناف إلى أن قيمة الشىء المسروق يجب أن تبلغ عشرة دراهم حتى يجوز توقيع عقوبة الحد (قطع اليد) على سارقه ، فإن لم يبلغ المال المسروق عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم فلا قطع عندهم وإنما يجب التعزير .

وحجة الأحناف فى هذا القول حديث يروى عن رسول الله ﷺ أنه قال «لا قطع إلا فى عشرة دراهم» . ويعتمدون من جهة ثانية على ما يسمونه «الإجماع» على القطع فى عشرة دراهم والخلاف فيما دونها ، والخلاف - فى قولهم - شبهة يجب بها درء الحد[١٨] .

أما المالكية فيقولون إن القطع يجب فى كل مال تبلغ قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم (باعتبار الدينار اثنا عشر درهماً) وفى ذلك يقول الإمام مالك فى الموطأ : «أحب ما يجب فيه القطع إلىّ ، ثلاثة دراهم . وإن ارتفع الصرف أو اتّضع . وذلك أن رسول الله ﷺ قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم ، وأن عثمان بن عفان قطع فى أترجّة قومت بثلاث دراهم . وهذا أحب ماسمعت إلى فى ذلك»[١٩] . ويجرى الإمام مالك قياساً طريفاً بين أقل المهر الذى يصح به الزواج وبين أقل نصاب القطع فى السرقة ، فيقول فى الموطأ أيضاً : «لا أرى أن تنكح المرأة بأقل من ربع دينار . وذلك أدنى

---

(١٧) انظر المراجع المذكورة فى هامش رقم (١٢) .

(١٨) انظر شرح معانى الآثار ، لأبى جعفر الطحاوى ، جـ ٣ ص ١٦٢ وما بعدها ومن كتب الفقه الحنفى انظر : الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٧٧ ، والكمال بن الهمام ؛ فتح القدير ، جـ ٤ ص ٢٢١ .

(١٩) الموطأ ، ص ٥٢٠ .

ما يجب فيه القطع »[٢٠].

ويتفق الشافعية والحنابلة مع الإمام مالك فى رأيه فى تحديد النصاب فيرون القطع واجباً كلما بلغت قيمة الشيء المسروق ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم ، على حين يتفق الزيدية مع الأحناف فى جعل النصاب عشرة دراهم لا ثلاثة .

ويقف الظاهرية ، ممثلين بالإمام ابن حزم ، فى الطرف الآخر مقررين أنه ليس هناك حد واحد لقيمة كل مسروق وإنما النصاب فى الذهب (وهو نقود الناس آنئذ) ربع دينار ، وفيما عدا النقود الذهبية (أو الذهب عموماً) فإن القطع يجب كلما بلغت قيمة المسروق قيمة المجن . وسر ذلك أنه صح عند ابن حزم رحمه الله أن رسول الله قد قطع فى مجن[٢٢] فجعل قيمة المجن – أيًّا كانت – هى الحد الذى يجب أن تبلغه قيمة الشيء المسروق حتى يجب فيه القطع .

فإذا نظرنا فى هذه الآراء من حيث الرواية فإننا نلاحظ أن الحديث الذى يستدل به الأحناف ومن وافقهم حديث ضعيف . وأن الأحاديث التى ثبت فيها أن ثمن المجن ، الذى قطع فيه رسول الله ﷺ يد السارق ، كان ربع دينار أو ثلاثة دراهم أحاديث ثابتة السند صحيحة الرواية[٢٣] .

على أننا إذا نظرنا فى هذه الأحاديث – واختلاف الفقهاء حولها – من ناحية أخرى وجدنا أنها تستهدف منع توقيع عقوبة الحد فيما إذا كانت قيمة الشيء المسروق لا تستأهل توقيعها . ولذلك تتفق جميع المذاهب على أنه لا قطع فى الشيء التافه «الذى يتسامح فيه الناس عادة» . فإذا أخذنا فى الاعتبار تغير قيمة النقود من مكان إلى مكان ، وفى المكان الواحد من وقت إلى آخر . تبين لنا أن قيمة «الشيء التافه» متغيرة يقررها العرف ، والظروف الاقتصادية فى كل مجتمع وقت ارتكاب الجريمة . ومن ثم فإن الأمثلة التى نجدها فى كتب الفقة للشيء التافه ليست أمثلة دائمة ، ولا هى ملزمة للقاضى أو لولى الأمر بعد عصر الفقهاء الذين ذكروها . فقد بيَّن الفقهاء ما وسعهم البيان ما لاءم

(٢٠) المصدر السابق ، ص ٣٢٧ .

(٢١) للشافعية أنظر الأم ، جـ ٦ ص ١٣٤ ، وللحنابلة ، أبو يعلى الفرَّاء . الأحكام السلطانية ، ص ٢٥٠ ، وللزيدية انظر : الروض النضير للسياغى ، جـ ٤ ص ٥١٤ .

(٢٢) حديث القطع فى مجن متفق على صحته ، وانظر المحلى جـ ١١ ص ٣٥٣ .

(٢٣) حقق القول فى هذه الأحاديث ، وعلى وجه الخصوص فى ضعف حديث القطع فى عشرة دراهم العلامة الشيخ عبد الرحمن المعلّمى اليمانى ، فى كتابه التنكيل بما فى تأنيب الكوثرى من الأباطيل ، جـ ٢ ص ٩٣ – ١٤٣ . ولا نعلم أحداً سبقه إلى استيفاء القول فى هذه المسألة على نحو ما صنع وانظر لحجج الأحناف : الطحاوى ، المرجع السابق ، والزيلعى ، نصب الراية ، جـ ٣ ص ٣٥٥ – ٣٥٩ . وهو وإن صرَّح بأن حديث القطع فى عشرة دراهم «معلول» إلا أنه حاول تقويته . وما قاله انتقده – بحق – العلامة اليمانى فى الموضع السابق .

عصورهم من أحكام ، ويجب أن تدار الأحكام فى هذا الخصوص على وفق ما يلائم الأوضاع المختلفة فى الأزمنة والأمكنة المختلفة .

وفى هذا الصدد يقرر الإمام ابن قيم الجوزية أن حكمة تحديد ربع الدينار فى قول الرسول ﷺ وفعله أنه هو الذى يكفى الرجل المقتصد قوته وأهله فى يومه وليلته وذلك ليس مما يتسامح فيه الناس[٢٤] . فإذا صح هذا ، وقد كان بلا ريب صحيحاً ، فإن الحد الذى يجب عنده القطع قد يجوز إعادة النظر فيه من وقت إلى آخر حسب اختلاف قيمة النقود والظروف الاقتصادية . ومن جهة ثانية فقد حدد نصاب السرقة باعتبار قيمة النقود الذهبية التى كان يتم بها التعامل ، وقد أصبح التعامل الآن يتم بالنقود الورقية حيث يتعذر إلى حد كبير تحديد القيمة الذهبية لها تحديداً دائماً غير متغير .

ولعل هذا المعنى هو الذى حدا بالإمام ابن حزم إلى تقدير النصاب بقيمة المجنّ ، وقيمته – كقيمة كل شيء غيره – تتغير بتغير الظروف الإقتصادية زماناً ومكاناً .

وقد أخذ بمثل الرأى الذى نقول به قانون السرقة والحرابة فى ليبيا فقد حددت المادة الأولى منه ، فى فقرتها الثالثة ، نصاب السرقة بعشرة دينارات ليبية . وهو مقدار يزيد عن مقدار النصاب الذى قال به الفقهاء سواء أكان ربع دينار (ثلاثة دراهم) أو عشرة دراهم . وهذا التحديد الذى ذهب إليه المشرع الليبى هو من اجتهاد واضعى القانون . وهو – عندنا – اجتهاد فى محله يتفق – والله أعلم – مع القصد من تحديد مقدار معيّن لا تقطع يد السارق ما لم يبلغه المال المسروق . ولعل فى هذا الإجتهاد تحقيقاً لما ترمى إليه النصوص المقررة لنظرية النصاب ومقداره ، يتفق وظروف العصر الإقتصادية ، ويتفق وظروف المجتمع الذى وضع له هذا القانون[٢٥] .

أما مشروع القانون الذى قدمه لمجلس الشعب المصرى المرحوم الدكتور إسماعيل معتوق فقد جعلت المادة ٣١١ منه نصاب السرقة ما «يزيد على ما قيمته جرامان من الذهب الخالص» . وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع – بعد أن ذكرت آراء الفقهاء فى النصاب – إن المشروع ذهب إلى الرأى القائل بجعل النصاب عشرة دراهم «وقد قدّر المشروع ثمن الدراهم العشرة بجرامين من الذهب» . ولم تبّين المذكرة الإيضاحية مأخذ هذا التقدير من الناحية الاقتصادية أو المالية .

وقد كان مشروع لجنة الأزهر أكثر دقة فى هذا الخصوص ، إذ قدرت المادة الأولى منه النصاب بنصها على أنه «يشترط فى المال المسروق ألا تقل قيمته عن دينار إسلامى ووزنه ٤٥٧ و ٤ جراماً من

(٢٤) انظر : اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ، جـ٢ ص ٦٤ .

(٢٥) لقد سبق لنا ابداء هذا الرأى فى رسالتنا The Theory of Punishment التى قدمناها لجامعة لندن فى يناير ١٩٧٢ قبل صدور القانون الليبى بنحو تسعة أشهر . وما قرره هذا القانون من باب التوافق فى النظر إلى هذه المسألة ، إذ أن رسالتنا لم تطبع بعد ، ويبعد أن يكون واضعوا القانون قد اطلعوا عليها .

الذهب الخالص «وعللت المذكرة الإيضاحية للمشروع ذلك بقولها» وقد رأت اللجنة بعد أن إستبانت تعدد الدنانير واختلاف قيمتها ، أن تأخذ بالمعيار الذى وضعه مشروع البنك الإسلامى بالنسبة للدينار الإسلامى ووزنه ٤٥٧ و ٤ جراماً من الذهب الخالص ، وهى تساوى عشرة دراهم أخذاً بمذهب الأحناف»[٢٦] .

ومن ذلك يتبين أن المشروعين معاً يتفقان على الأخذ بمذهب الأحناف فى تحديد نصاب السرقة بعشرة دراهم . ولكنهما يختلفان فى قيمتها اليوم . فأحدهما يراها مساوية لقيمة جرامين فقط من الذهب الخالص ، والآخر يراها مساوية لقيمة ٤٥٧ و ٤ جراماً من الذهب الخالص .

وفى نظرنا أن أيًّا من المشروعين لم يقدم حلاً مناسباً لمشكلة النصاب . وأنه كان من الأوفق تحديد النصاب بمبلغ معيّن من الجنيهات المصرية تحرياً لعنصرى الوضوح واليقين اللذين يجب أن تصطبغ بهما الأحكام القانونية التى تطبق فى واقع الناس وتحكم أفعالهم . وربط النصاب بما قيمته مساوية لقيمة وزن معين من الذهب الخالص ، أو ما تزيد قيمته على وزن معين ، يعنى تغير النصاب بتغير قيمة الذهب – وهى متغيرة دائماً – ويجب على القاضى فى كل حالة – وفق نصوص هذين المشروعين – أن يتحقق أولاً مما إذا كان المسروق ، وقت السرقة ، مساوياً فى قيمته لقيمة الوزن المحدد من الذهب أم لا . وفى ذلك من الصعوبات العملية ما لا يخفى .

ومن ناحية أخرى فإن اعتماد المشروعين على وجهة نظر الأحناف – مع ضعف ما تستند إليه من دليل – فيه نظر بيّن . وقد كان الأولى أن يأخذ المشروعان بأحد أمرين : إما بتحديد النصاب الذى وردت به النصوص الصحيحة عن رسول الله ﷺ وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم . وإما بالعلة التى من أجلها شرع اشتراط النصاب وهى تجنب قطع اليد فى الشىء التافه – على ما استظهرناه – وعندئذ يحدد النصاب بالعملة التى يتداولها الناس تحديداً مناسباً لظروف العصر الإقتصادية وظروف البلد الذى يراد فيه تحديد هذا النصاب .

٧٥ – موضع قطع اليد ، وهل يتكرر القطع فى حالة العود ؟

اختلف الفقهاء حول المكان الذى تقطع منه يد السارق ، فقال الشيعة الإمامية تقطع أصابعه الأربع فقط[٢٧] وذهب بقية الفقهاء أن السارق تقطع يده من مفصل الكف[٢٨] ، هذا عند القطع

(٢٦) ص ٣١ من مشروع القانون ومذكرته الإيضاحية .

(٢٧) الحلى ، المختصر النافع فى فقه الإمامية . ص ٣٠٢ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٤ فى النجف الأشرف .

(٢٨) الشعرانى ، الميزان جـ ٢ ص ١٤٢

للسرقة الأولى . أما السرقة ، أو السرقات التالية فقد إختلفت آراء الفقهاء حول العقوبة فيها .

فقال أصحاب المذاهب الأربعة إن قدم السارق اليسرى يجب قطعها للسرقة الثانية ، ووقف الأحناف عند هذا الحد . فقالوا لا قطع فيما بعد ذلك من السرقات وإنما يعزر السارق بما يليق به(٢٩) وقال المالكية والشافعية والحنابلة إن اليد اليسرى تقطع فى السرقة الثالثة ثم تقطع القدم اليمنى للسرقة الرابعة(٣٠).

وحجة الأحناف أنه يجب أن تترك للسارق يد يأكل ويتطهر بها ، وقدم يمشى عليها . وحجة الآخرين أنه سارق يجب عليه القطع وقد قطع العضو الذى وجب فيه القطع أولاً بالسرقة الأولى فانتقل الوجوب إلى باقى الأعضاء .

وقد ذهب الظاهرية إلى أن آية السرقة فى القرآن الكريم لم توجب القطع إلا فى أيدى السراق ومن ثم فإن السارق إذا قطعت يده اليمنى وعاد بعد ذلك إلى السرقة فإن يده اليسرى تقطع للجريمة الثانية ويكون عقابه للجرائم التى قد يرتكبها بعد ذلك هو التعزير(٣١).

ويتفق الزيدية من الشيعة مع الأحناف فى نظريتهم التى سبقت الإشارة إليها ، ويعتنق ذات الرأى كذلك الفقيه الحنبلى ابن قدامة المقدسى صاحب «المغنى»(٣٢).

ويذهب عطاء تلميذ ابن عباس إلى أن يد السارق اليمنى تقطع عند السرقة الأولى فحسب . فإن عاد إلى ارتكاب جريمة السرقة مرة أخرى وجب عليه التعزير مهما تعددت مرات ارتكاب الجريمة ، والتعزير – كما سنعرف – قد يكون بعقوبات مختلفة تختلف باختلاف حال الجانى وظروف ارتكاب الجريمة(٣٣). وقد سئل عطاء فى هذه المسألة فأصر على ما رآه فيها معضداً رأيه بقول الله تعالى : «وماكان ربك نَسِيًّا» (سورة مريم الآية ٦٤) . يريد أن يقول : إن الله ذكر يد السارق والسارقة كمحل للعقاب ، ولو أراد الله أن يحكم الناس بقطع غير اليد اليمنى للسرقات الأخرى لنص عليه . وما ترك سبحانه وتعالى النص نسياناً ، وإنما تركه لأنه لم يوجبه علينا .

ولعل التأمل فى الآراء السابقة يقودنا إلى تأييد رأى التابعى الجليل عطاء رضى الله عنه . فالأصل فى العقوبات الإسلامية كلها أنها جاءت لتردع الناس عن ارتكاب الجرائم وتمنعهم منه . ويتحقق هذا

(٢٩) الكاسانى ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٦ .

(٣٠) راجع الشعرانى – الموضع السابق .

(٣١) المحلى جـ ١١ ص ٣٥٦ – ٣٥٧ .

(٣٢) الروض النضير جـ ٤ ص ٢٥٤ ، والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٩ ، ٢٦٤ .

(٣٣) نقل رأيه ابن حزم فى المحلى جـ ١١ ص ٣٥٤ ، والسياغى فى الروض النضير جـ ٤ ص ٥٢٥ . وعبد الرزاق فى المصنّف جـ ١٠ ص ١٨٤ – ١٨٥ .

الأصل لا بتوقيع العقاب فحسب ، بل كذلك بمجرد كون هذه العقوبات واجبة التطبيق . وليس ثمة ما يضاف – بإباحة تكرار القطع – إلى الأثر الرادع فى عقوبة السرقة المقررة فى الشريعة الإسلامية .

والأصل أيضاً حرمة دم المسلم وعرضه ونفسه إلا بحقها . وقد ثبت وجوب القطع بنص القرآن فى السرقة الأولى ، وليس من دليل يمكن به إثبات وجوب تكرار القطع ، فوجب أن نقف عند النص لا نجاوزه بقياس أو غيره .

وفى التعزير كفاية لعقاب الجانى إذا تكرر منه ارتكاب الجريمة بعد قطع يده فى المرة الأولى وخاصة أن هذه الصورة تكاد تكون نادرة الوقوع ، إن لم تكن غير ممكنة الوقوع ، مما لا يدع مجالا لمناصرة رأى القائلين بتكرار القطع .

وقد أخذت نصوص قانون السرقة والحرابة فى ليبيا بهذا الرأى . فقد نصت المادة الثالثة عشرة من هذا القانون على أنه « إذا عاد الجانى الذى نفّذ عليه الحد إلى أى من جريمتى السرقة أو الحرابة المعاقب عليهما حدًّا بغير القتل ، يعاقب بالسجن » .

وبالإضافة إلى أن هذا الرأى هو مذهب عطاء تلميذ ابن عباس رضى الله عنهما فإنه أيضاً هو مذهب الإباضية[٣٤] . وكثير منهم يسكنون ليبيا منذ قرون طويلة ولهم بها مدارس وقرى ، وعلماؤهم منتشرون فيها . ولذلك لا نستبعد أن يكون المشرّع الليبى قد تأثر فى هذا الخصوص بمذهبهم .

أما مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر فقد أخذ بمذهب الأحناف فنصت المادة الثانية من الباب الثانى منه على أن : « يعاقب السارق فى هذه الحالة :

١ – فى المرة الأولى بقطع يده اليمنى .

٢ – فى حالة العود تقطع رجله اليسرى

٣ – وإذا تكرر العود يعاقب بالسجن حتى تظهر توبته . »

وأما المشروع المقدم إلى مجلس الشعب المصرى من المرحوم الدكتور إسماعيل معتوق فقد ذهب واضعوه إلى أن عقوبة القطع تطبق أصلا على السارق العائد إلى السرقة . حيث نصت المادة ٣١١ على أن « يعاقب من سرق . . . بالجلد من عشرين إلى خمسين جلدة وينذر بقطع يده إن عاد إلى

(٣٤) انظر فى تفصيل رأى الإباضية ، كتاب المدونة ، لأبى غانم بشر بن غانم الخراسانى ، مخطوط ، ورقة ٢٦٠ . ولا يفوتنى أن أشكر هنا الصديق الكريم الأستاذ الدكتور عمرو خليفة النامى الأستاذ بكلية الآداب فى الجامعة الليبية ، الذى تفضل فصّور لى من نسخته الخطية النادرة ما طلبت من هذا الكتاب ومن كتاب الإنصاف فى أصول الفقه الإباضى ، فجزاه الله خيرا .

السرقة . ولا يجوز العفو عنه » . ونصت المادة ٣١٢ على أن « تقطع يد السارق والسارقة . ولا يجوز العفو عنهما » .

وعلّلت المذكرة الإيضاحية للمشروع[٣٥] هذا المسلك بقولها « وقد لاحظ بعض الفقهاء والباحثين أن كلمة السارق والسارقة وصفان لا فعلان ، والوصف لا يتحقق فى الشخص إلا بالتكرار فلا يقال لمن ظهر منه الجود مرة أنه جواد ولا لمن وقع منه الكذب مرة أنه كذاب . . إنما تقال هذه الأوصاف لمن يتكرر منه فعلها حتى تكون اسما له وعنواناً يعرف به وبتطبيق هذا على كلمة السارق والسارقةيكون المستحق للقطع هو من صار هذا وصفاً له . ولا يكون ذلك إلا بتكرار الإرتكاب ولا يكون بالفعل مرة واحدة فلا تقطع إلا يد السارق العائد » .

ثم تعلل المذكرة الإيضاحية مذهب المشروع أيضاً بأن المرأة التى قطع رسول الله ﷺ يدها ، كانت قد عرف عنها « أنها معتادة السرقة . فكانت لا ترد الودائع التى تودعها ، ولا العوارى التى تستعيرها » .

ومع اعتراف المذكرة الإيضاحية بأنه ليس فى الأحاديث المروية عن رسول الله ﷺ ما يشير إلى وجوب التكرار لإقامة الحد ، فإنها تشير إلى حادثة الرجل الذى سرق رداء من المسجد ، فتقرر أنه يمكن أن يقال « إن السرقة فى هذا المكان وفى مثل هذه الحال لا تكون إلا ممن تكررت منه السرقة » . . وهو « مقتحم على مكان مقدس لا يجرؤ على الاقتراب منه إلا من جبلت نفسه على الشر واستمرأت روحه الجريمة . وذلك شأن المعتاد » .

وعندنا أن ما نسبته المذكرة الإيضاحية إلى بعض الباحثين والفقهاء[٣٦] لا يصلح دليلاً لمذهب المشروع من تطبيق عقوبة الحد على العائد فقط إلى السرقة . لأن الله سبحانه وتعالى عبّر عن مرتكب جريمة الزنى التى توجب الحد بلفظ وصف : « الزانية والزانى » فهل يمكن أن نقول بعدم توقيع الحد إذا ثبت ارتكاب الزنى لأول مرة ، وإنما نعزّر الفاعل وننذره كما ذهب المشروع ؟ ! لا شك أن الجواب بالنفى ، وهو ما ذهبت إليه نصوص المشروع فى حد الزنى – كما سيأتى – فعلى أى أساس نفرّق بين العقوبتين ، وقد ربطت الآيات المقررة لكل منهما بين وصف الشخص وبين عقوبته ؟

ولا تصلح الحجة التى حاولت المذكرة الإيضاحية – تبعاً للمرحوم الشيخ أبو زهرة – الاستظهار

---

(٣٥) ص ٢٠ – ٢١ من المذكرة الإيضاحية المرفقة بمشروع القانون .

(٣٦) هذا الرأى قال به الأستاذ رضوان شافعى المتعافى فى رسالة له عنوانها « الجنايات المتحدة فى القانون والشريعة » طـ القاهرة ١٩٣١ ص ٧٥ – ٧٨ . وقد نقله ، كالمقرِّله ، بل دافع عنه ، المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة فى كتابه العقوبة ص ٢٧٧ – ٢٨٢ وما فى المذكرة الإيضاحية تلخيص للحجج التى نقلها أو ساقها لهذا الرأى الشيخ أبو زهرة .

بها من وصف المرأة المخزومية بأنها كانت معتادة السرقة . فالذى فى الروايات الصحيحة لحديث قطع يد هذه المرأة أنها سرقت فقطعت يدها للسرقة لا لما اعتادته من جحد العارية . وقد رد رسول الله على أسامة إذ شفع فى شأنها لديه فكان مما قاله « لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » ولوكان الاعتياد ملاحظاً فى إيجاب القطع لأشار إليه النبى ﷺ ، إذ أنه بيان فى موضع الحاجة ، ومن المقرر فى أصول الفقه أنه لا يجوز على النبى ﷺ تأخير البيان عن موضع الحاجة إليه .

أما ما قالته المذكرة الإيضاحية فى شأن سارق الرداء من المسجد ، فهو إلى الإنشاء اللطيف أقرب منه إلى الحجة المنطقية التى يستند إليها فى الأخذ بحكم أو فى تركه . وفى حديث رسول الله ﷺ ما يدفع ذلك أيضاً إذ قال له صاحب الرداء « قد وهبته له » أو « قد عفوت » – على اختلاف الروايات – فقال له الرسول عليه الصلاة والسلام « هلا كان قبل أن تأتينى به » . ولم يقل كما قال كاتبو المذكرة الإيضاحية « لقد جبلت نفسه على الشر ، واستمرأت روحه الجريمة » ! !

ولذلك فإننا نرى أن ما ذهب إليه واضعو المشروع فى هذا الخصوص قد جانب الصواب ، وأنه من الواجب تعديل نصه بحيث يكون القطع هو العقوبة المقررة للسرقة دون نظر إلى تكرارها أو عدم تكرارها .

وقد أشارت المذكرة أيضاً إلى الأخذ بسنة التدرج فى تطبيق الأحكام . والتدرج فى التشريع من سنن الإسلام . وقد أخذ به القرآن الكريم فى أكثر من مسألة . ولكننا نسأل واضعى المذكرة الإيضاحية : وأين التدرج هنا ؟ ومتى تصلون بمشروعكم إلى الحكم المراد التدرج إليه ؟ ليس فى نصوص المشروع ولا مذكرته الإيضاحية إشارة إلى أى من الأمرين . فبطل الاحتجاج بالتدرج ، كما تبين بطلان الاحتجاج باللغة ، وبطلان الاحتجاج بالرواية .ووجب أن يعود المشروع – أو تعديله – إلى الحكم المقرر بنص القرآن الكريم من قطع يد السارق والسارقة .

٧٦ – سرقة المال العام :

اختلف الفقهاء فى وجوب القطع على سارق المال العام ، أى المملوك للدولة ، وهم يعبرون عن ذلك بالسرقة من بيت المال أو السرقة من المغنم . فذهب الأحناف والشافعية والزيدية والحنابلة إلى أن السارق من بيت المال أو المغنم لا قطع عليه ، لأنه له فى المال حقًّا ، فأصبح ذلك شبهة يدرأ بها عنه حد السرقة (٣٧) .

---

(٣٧) للأحناف ، الحصكفى ، شرح الدر المختار ، جـ ١ ص ٤٤٨ و ٤٤٩ وللشافعية الشيرازى ، المهذب ، جـ ٢ ص ٢٨١ ، وللحنابلة ، إبراهيم بن ضويان ، منار السبيل ، جـ ٢ ص ٣٨٩ ، وللزيدية ، السياغى ، الروض النضير ، جـ ٤ ص ٥٢٠ – ٥٢١ .

وذهب المالكية والظاهرية إلى أن سارق المال العام يقطع إذا بلغ ما سرقه نصاباً ، ولم يعتبروا ما له من حق فى هذا المال نوعاً من الشبهة التى يدرأ بها الحد عن السارق(٣٨).

ويرد ابن حزم على القائلين بعدم قطع السارق من المال العام فيقول : « فلما لم نجد فى المنع من قطع من سرق من المغنم ، أو من الخمس أو من بيت المال حجة أصلا لا من قرآن ، ولا سنة ، ولا إجماع وجب أن ننظر فى القول الآخر ، فوجدنا الله تعالى يقول (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ووجدنا رسول الله ﷺ قد أوجب القطع على السارق جملة ولم يخص الله تعالى ولا رسوله عليه السلام سارقاً من بيت المال من غيره (وما كان ربك نسيًّا) . ولو أن الله تعالى أراد ذلك لما أغفله ولا أهمله »(٣٩) .

ويحتج القائلون بعدم قطع سارق المال العام بما روى عن علىّ رضى الله عنه من أنه لم يقطع رجلا سرق من الغنيمة . وبما روى عن عمر رضى الله عنه أن سعد بن أبى وقاص كتب إليه يسأله عن رجل سرق من بيت المال ، فأجابه عمر لا قطع عليه لأن له فيه نصيباً(٤٠).

ولا شك أن حجة القائلين بقطع سارق بيت المال ، أو سارق المال العام ، أقوى من حجة القائلين بعدم القطع . وإذا كان حد السرقة مشروعاً لحماية المال ، فإن المال العام أولى بالحماية من المال الخاص . والضرر الذى يسببه الاعتداء على المال العام أكبر وأخطر من الضرر الذى يسببه الاعتداء على المال الخاص .

وعلى هذا الأساس فإننا نعتبر ما أخذ به قانون السرقة والحرابة فى ليبيا من عدم تطبيق حد السرقة « إذا حدثت السرقة من الأماكن العامة فى أثناء العمل فيها » (م/٣ ف ١) بعيدا عن الصواب . بل إننا نرى أنه إذا كان توقيع الحد على سارق المال العام بإطلاق واجباً . فإنه واجب من باب أولى على العاملين فى الأماكن العامة . فالعامل فى مكان عام أمين على ما فيه من أموال ، واعتداؤه على هذا المال بالسرقة يجمع إلى جريمة السرقة ، جريمة أخرى هى الإخلال بالثقة الواجبة فى الموظف العام . والمتصور أن تشدد العقوبة كلما تعددت الجرائم ، لا أن تخفف العقوبة على من جمع بين السرقة وبين غيرها من الجرائم .

ولا نوافق كذلك على ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية لمشروع تعديل قانون العقوبات المصرى (مشروع الدكتور إسماعيل معتوق) من أن من سرق مالا مملوكا للدولة لا يعاقب » باعتبارها بيت مال

---

(٣٨) للمالكية ، حاشية الدسوقى ، جـ ٤ ص ٣٣٨ ، وللظاهرية ، المحلى ، جـ ١١ ص ٣٢٨ .

(٣٩) المحلى ، الموضع السابق .

(٤٠) الروض النضير ، المصدر السابق ص ٥٢٠ – ٥٢١ ، والمحلى جـ ١١ ص ٣٢٧ .

المسلمين »[٤١] . وقد كان يجب على واضعى هذا المشروع أن يتمشوا مع منطقهم فيما ذكروه من أننا « فى وقت اعتاد فيه الكثير الاعتداء على الأموال لوهن العقوبات الحالية وعدم جدواها فى الصد عن هذا النوع من الجرائم » (أى جرائم السرقات)[٤٢] فإذا كنا فى وقت كثر فيه الاعتداء على المال ، وهذا صحيح ، أفلا يدعونا ذلك إلى تشديد العقاب أو التوسع فى التهديد بإيقاعه حتى يردع ذلك أولئك المستهينين بالعقوبات الحالية ؟

وقد فطن إلى هذه المعانى مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر فنصت مادته الأولى على التسوية بين المال العام والخاص فى تطبيق حد السرقة . غير أن المشروع وقع فى التناقض حين كرر فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة نص القانون الليبى على عدم تطبيق الحّد « إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة فى أثناء العمل فيها . . ما لم يكن المسروق فيها محرزاً » فإن وجود هذا النص يقضى على جلّ الأثر العملى – إن لم نقل كلّه – لتجريم سرقة المال العام . فالنادر أن يسرق المال العام غير الموظف العام . والغالب أن تقع سرقة المال العام من موظف عام . فمتى إذن يطبق نص التجريم إذا كنا سنواجه فى الغالب الأعم من الحالات موظفين عموميين يشملهم نص الإعفاء ؟

وقد أدركت الجهات القائمة على تطبيق قانون العقوبات فى مصر خطورة ظاهرة الاعتداء على المال العام بالاستيلاء عليه فطالبت النيابة العامة فى مصر فى مرافعة فى دعوى منظورة الآن أمام القضاء بتطبيق حدّ السرقة على أن يشمل توقيعه المعتدين على الأموال العامة[٤٣] . وفى هذا دليل واضح على وجوب إسباغ أقصى حماية لهذا المال بتقرير عقوبة الحد على سرقته ، من وجهة نظر عملية ، كما تبينت ضرورة ذلك من وجهة نظرية .

---

(٤١) ص ٢٣ من المذكرة الإيضاحية السابق الإشارة إليها .

(٤٢) المصدر السابق ص ٢١ .

(٤٣) انظر نص المرافعة مختصرا فى جريدة الأهرام المصرية ، العدد ٣٣٤١٦ سنة ١٠٤ بتاريخ ٧ يونيو ١٩٧٨ ، صفحة ١٠ . وقال رئيس النيابة المترافع (الأستاذ حسين أيوب) « . . . والنيابة تطالب المشرع أن يعدل القانون ، وأن ينص على تطبيق الحدود الشرعية على المال العام ، بعد أن استشرى الاعتداء على المال العام ، خاصة وأن المتهمين . . . قد خربوا الاقتصاد » . وكل اعتداء على المال العام فيه ، بوجه من الوجوه ، تخريب للاقتصاد .

الحرابة

٧٧ – تمهيد وتعريف :

لهذه الجريمة ثلاثة أسماء فى الفقه الإسلامى ؛ فإلى جانب الحرابة – تسمى السرقة الكبرى ، وتسمى كذلك قطع الطريق . ويستعمل الفقهاء الأسماء الثلاثة فى المعنى نفسه : أى للإشارة إلى الجريمة دون تمييز بين اسم وآخر غالباً . ونحن نفضل أن نعطيها اسم « الحرابة » الذى هو فى أصل اشتقاقه من كلمة الحرب متّسق أكثر من غيره من الأسماء مع الآيات القرآنية التى تعالج هذه الجريمة وعقوبتها . ومن جهة أخرى فإن هذا الاسم يغطى كل صور ارتكاب الجريمة على حين يقتصر كل من الاسمين الآخرين على بعض صورها دون غيرها من الصور التى قد ترتكب بها هذه الجريمة .

فإذا قلنا السرقة الكبرى سبق إلى الذهن أخذ مال الغير مغالبة بقوة السلاح أو قوة الشوكة (أى جماعة المشتركين فى ارتكاب الجريمة) ، وإذا قلنا قطع الطريق سبق إلى الذهن منع المسافرين من سلوك طريقهم فى أمان وسلام سواء أصحب ذلك اعتداء على النفس أو المال أم لم يصحبه من ذلك شىء .

أما اسم الحرابة فإنه يصدق على ارتكاب هذه الجريمة فى جميع صورها ، وفى أية صورة من صورها كذلك . واختلف الفقهاء فى تعريف الحرابة اختلافاً كبيراً ، فجعل بعضهم من عناصرها ما لم يجعله الآخر ، واشترط بعضهم شروطاً نفاها غيره .

وحاصل تعريفات الحرابة وأجمعها لصورها أن نقول : « الحرابةخروج جماعة أو فرد ذى شوكة إلى الطريق العام بغية منع السفر فيه ، أو سرقة أموال المسافرين ، أو الاعتداء على أرواحهم » .

وميزة هذا التعريف أنه يضم جميع العناصر المتفق عليها فى الحرابة ، ويعاقب بمقتضاه على مجرد الخروج بقصد ارتكاب الجريمة . ولو لم يرتكب المحارب واحداً من الأفعال الثلاثة المذكورة آنفاً . وذكر الخروج إلى الطريق العام يأتى فى هذا التعريف على سبيل التغليب لأن الغالب أن تكون الحرابة فيه . والصحيح – عندنا – أن آخذ المال مغالبة فى المدن والقرى التى يسكنها الناس يعّد محارباً كذلك ، وتطبق عليه عقوبة المحارب . وهذا كله هو مذهب الأئمة مالك والشافعى وأبو يوسف من الأحناف . وفى بعض المذاهب الأخرى خلاف ذلك(٤٤) .

(٤٤) سوف نعالج هذه المسألة بالتفصيل فيا يأتى .

٧٨ - عقوبة الحرابة :

والأصل فى جريمة الحرابة وعقوبتها هو قول الله تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يُقتّلوا أو يصلّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » المائدة ٣٣ و ٣٤ .

وهذه العقوبات إنما هى من عقوبات الحدود التى فرضها الله تعالى فى كتابه الكريم لمرتكبى الأفعال السابقة . وفى الآية إشعار بأن مرتكب هذه الجريمة محارب لله تعالى ؛ لأن الناس فى ديارهم وطرق سفرهم إنما هم فى أمن الله وحفظه ، فمن أخافهم وروّعهم فقد حارب الله تعالى . وهم محاربون لرسول الله - ولكل حاكم بعده - لأن الرسول ﷺ ، والحكام المسلمين بعده ، قد أنيط بهم حماية أموال الناس ودمائهم وأعراضهم فى الإقامة والسفر سواء بسواء ، فمن أخاف الناس فى شىء من ذلك فقد حارب رسول الله إن كان ارتكاب الجريمة فى وقته ﷺ .أو قد حارب الحاكم الذى ترتكب الجريمة فى وقته ؛ لأنه يخفر بحرابته ذمة هذا الحاكم ويعتدى على سلطانه .

من أجل ذلك كانت العقوبات التى فرضت للحرابة من أقسى العقوبات التى يعرفها التشريع الإسلامى حتى يتحقق أكبر قدر من قوة الردع بها ، ويمتنع أو يبلغ أدنى حد ممكن ارتكاب مثل هذه الجريمة فى المجتمع المسلم .

وقد اختلف الفقهاء والمفسرون فى سبب نزول الآيتين السابقتين : فقال قوم : إنها نزلت فى النفر من عكل وعرينة الذين ارتدوا فى زمن الرسول ﷺ ، وقتلوا راعى إبله ، واستاقوا الإبل ، فلحقهم رسول الله ﷺ فى نفر من أصحابه ، وأخذُوا فقتلوا وقطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف . . والقصة مذكورة فى صحيحى البخارى ومسلم وغيرهما من كتب الحديث والسيرة [٤٥] .واختلف القائلون بنزول هاتين الآيتين فى هؤلاء النفر من عكل وعرينة فى العلاقة بين النص القرآنى والواقعة نفسها .

فذهب بعضهم إلى أن القرآن نزل يبين للرسول أن العقوبة التى وقعت على هؤلاء النفر (وقد كان منها سمل أعينهم) تجاوز ما كان يجب توقيعه عليهم .

وذهب آخرون إلى أن سر نزول الآية هو إقرار ما فعله الرسول ﷺ ، وأن السمل ، وغيره من العقوبات وقَّعه الرسول وفق بعض نصوص القرآن العامة كقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا

(٤٥) صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١١ ص١٥٣ - ١٥٧ ، وصحيح البخارى جـ ١٢ ص ١٠٩ وما بعدها (بشرح فتح البارى» .

عليه بمثل ما اعتدى عليكم» البقرة – ١٩٤ وقوله تعالى «وجزاء سيئة سيئة مثلها» الشورى – ٤٠ وقوله «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به» النحل – ١٢٦ (٤٦).

وقال فريق من المفسرين : إن هذه الآية ليست فى هؤلاء المرتدين ؛ وإنما هى فى المحاربين عامة. وذلك هو الرأى الذى عليه جمهور الفقهاء(٤٧). وهذا هو الرأى الذى نحسبه صحيحاً حيث إن للردة أحكاما تختلف كل الاختلاف عن أحكام الحرابة كما بينا فيما سبق عند كلامنا عن عقوبة المرتد. ويعنينا كذلك – قبل أن ندع هذه المسألة – أن نبيّن أن الصحيح هو أن النفر من عكل وعرينة قد عوقبوا باعتبارهم محاربين وليس باعتبارهم مرتدين ، وأنّ ذكر ردتهم فى سياق ذكر عقوبتهم فى كثير من كتب الفقه والحديث إنما جاء من باب « ذكر الأمر الواقع » الذى يكشف عن حقيقة الحال ، ولم يأت من باب تقرير وجوب تطبيق هذه العقوبات على المرتدين جميعاً.

وسبب هذا البيان أن فريقا من الكاتبين – وخاصة من المستشرقين – ذهبوا إلى أن هذه هى عقوبة المرتد فى الشريعة الإسلامية ، وهذا بالإضافة إلى كونه خطأ علميًّا ينبئ عن مدى إلمام هؤلاء بأحكام هذه الشريعة ؛ فإن فيه فتحاً لباب التجنى عليها ومهاجمتها بادعاء تطرفها فى القسوة على الذين ينزعون عنها بعد دخولهم تحت أحكامها.

وقد سبق لنا مزيد تفصيل فى هذا الصدد عند كلامنا عن الردة وعقوبتها(٤٨).

وقد اختلف الفقهاء حول بعض المسائل التى تتعلق بالحرابة ، وتنفيذ عقوبتها ، وسنبحث هنا ثلاثة من مواضع اختلافهم هى : مكان ارتكاب جريمة الحرابة ، وكيفية تنفيذ عقوباتها ، وأخيراً خلافهم حول عقوبة النفى.

٧٩ – أين تقع الحرابة :

ذهب الإمام أبو حنيفة النعمان إلى أن الحرابة لا تقع إلا خارج « المصر » (والمصر هو القرية أو المدينة التى يسكنها الناس) فلا تقع الجريمة عنده إلا فى طريق المسافرين ، وما يقع من أخذ المال مغالبة فى القرى والمدن فهو اختلاس وليس حرابة. وفى تأييد رأى إمامه – يذهب شمس الأئمة السرخسى من فقهاء الأحناف إلى أن اسم الجريمة (قطع الطريق) ، ومن ثم فإنه بالنظر إلى الاسم ذاته

(٤٦) راجع فى هذه الآراء وغيرها : الطبرى فى تفسيره جـ ٥ ص ١١٩ ، وابن حزم فى المحلى جـ ١١ ص ٣١٠ – ٣١٢ وغيرها من المراجع المشار إليها فى هذا البحث.

(٤٧) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المالكى ؛ جـ ٢ ص ٤٩٣.

(٤٨) راجع فى كون هذه العقوبة مقصورة على المحاربين ، ابن حجر فى فتح البارى جـ ١٢ص ١١٠ ، والشافعى فى الأم جـ ٦ ص ١٣٩ – ١٤٠.

لا يتصور وقوعها إلا فى الطريق العام دون القرى والمدن(٤٩).

وقد عرفنا ما فى التسمية (بقطع الطريق) من قصور عن أداء معنى الجريمة التى نحن بصددها أداء كاملاً ومن جهة أخرى فإن مجرد التسمية لا عبرة بها إذا اختلفت دلالتها على عناصر المسمى عن حقيقته .

ولذلك فقد ذهب المالكية والإمام الشافعى والزيدية والظاهرية والشيعة الإمامية إلى أن عقوبة الحرابة تجب إذا وقع الفعل فى المصر ، كوجوبها عند وقوعه خارج المصر سواء بسواء . (٥٠) وللحنابلة قولان كالقولين اللذين ذكرناهما سابقاً . وسر ذلك – كما يقول المرداوى من فقهاء الحنابلة – أن أحمد بن حنبل حين سئل عن هذه المسألة لم يعط سائله جواباً ، فذهب بعض فقهاء المذهب مذهب الأحناف ، وبعضهم مذهب الجمهور(٥١).

ويضع بعض الفقهاء شرطاً لوقوع الحرابة فى المصر ألاّ يكون الغوث ممكناً ، فإذا أمكن وصول الغوث فليست حرابة(٥٢). ولعل السر فى ذلك هو ما يسبق إلى الفهم من طبيعة هذه الجريمة وأنها ترتكب عادة حين لا يمكن المجنىّ عليهم مقاومة الجناة . ومع الغوث – أو إمكان وصوله – تمكن المقاومة فليست عند أصحاب هذا الرأى حرابة .

ولكن التحقيق فى المسألة أن وصول الغوث أوعدم إمكان وصوله إلى المجنى عليهم لا دخل له فى تكييف فعل الجناة : ذلك أن الحرابة يميزها عن غيرها من صور السرقة أنها ترتكب عادة استخفافاً بسلطات الدولة ، وتشكل أعظم إعتداء على النظام والأمن فيها . وهذا العنصر يوجد فى الجريمة المرتكبة فى الطريق العام وجوده فى الجريمة التى ترتكب داخل المصر ، بل إن الذى يرتكب الحرابة داخل المصر لا يقل فى خطورته عن الذى يرتكبها خارجه ، بل قد يزيد عنه خطورة وجرأة ، ويكون أولى منه بالعقاب الشديد(٥٣).

ومن ذلك يتبين أنه لا أهمية للمكان الذى ترتكب فيه الجريمة فى تكييفها كحرابة أو غيرها ، وأن العبرة فى ذلك إنما هى بعناصر الجريمة ذاتها ، وهى إخافة السبيل أو الاعتداء بالقوة على أموال الناس

---

(٤٩) المبسوط فى فقه الحنفية للسرخسى جـ ٩ ص ١٩٥ وما بعدها ، ويلاحظ أن كلمة القرية ليست بمعناها الذى نفهمه اليوم ، وإنما هى تعنى المكان المسكون ، ويدخل فيه المدن مهما كبرت ، انظرى ذلك : القرآن والتفسير العصرى لعائشة عبد الرحمن ص ٥١ .

(٥٠) بداية المجتهد ، الموضع السابق ، والمحلى جـ ١١ ص ٣٠٢ – ٣٠٧ ، وشرائع الإسلام للمحقق الحلّى . جـ ٢ ص ٢٥٧ .

(٥١) المرداوى ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ، (طـ القاهرة ١٩٥٧ م) جـ ١٠ ص ٢٩١ – ٢٩٢ .

(٥٢) قال بهذا الرأى الإمام الغزالى فى الوجيز فى فقه الشافعية ، جـ ٢ ص ١٧٩ ، وتبعه عليه الرملى فى نهاية المحتاج ، وإلى هذا الرأى صارت الفتوى فى المذهب الشافعى .

(٥٣) فى مثل هذا الرأى ، انظر الأم للإمام الشافعى ، جـ ٦ ص ١٤٠ .

أو أرواحهم ؛ حتى قال الإمام مالك فى الذين يسقون الناس مخدراً داخل المدن ، ليستولوا على المال : إن عقوبتهم هى عقوبة المحاربين ، وليست عقوبة السارق العادى[٥٤].

وقد أخذ المشرع الليبى بالتفرقة بين ارتكاب الحرابة داخل العمران (أو المصر بلغة الفقهاء) وارتكابها خارجه . وتبنَّى رأى الشافعية فى اعتبار الجريمة داخل العمران حرابة إذا لم يمكن وصول الغوث إلى المجنى عليهم (م ٤ ف ٣) . وعندنا أنه كان أولى بالمشرع الليبى أن يأخذ برأى الإمام مالك ومن وافقه – ومذهب مالك هو مذهب جمهور الشعب الليبى – إذ هو الذى تؤيده النصوص الشرعية بعمومها ، وهو أكثر تقديراً لمدى خطورة الجانى وجرأته اللذين يدل عليهما ارتكابه جريمته داخل المدن أو القرى تحدياً لسلطة الدولة واستهانة بها .

وبالرأى الذى رجحناه أخذ مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى (مشروع الدكتور إسماعيل معتوق)[٥٥] وبمثل هذا الرأى أيضاً أخذ مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر فى الباب الثالث منه والخاص بحد الحرابة[٥٦].

٨٠ – تنفيذ العقوبات فى جريمة الحرابة وترتيبها :

حددت الآية الكريمة التى ذكرنا من قبل أربع عقوبات لجريمة الحرابة هى : القتل والصلب وقطع الأيدى والأرجل من خلاف والنفى . وللفقهاء مناقشات طويلة حول تنفيذ هذه العقوبات وترتيبها وسلطة الحاكم (القاضى) فى شأنها .

وسوف نتعرض ببعض التفصيل «للنفى» فى الفقرة التالية ، بعد أن نبين بعض وجهات النظر الفقهية حول العقوبات الثلاث الأخرى .

فأولاً يكاد الفقهاء أن يكونوا مجمعين على تنفيذ عقوبة القتل (الإعدام) بالسيف ، وقد جاء فى تعبيرات بعضهم أن « توقيعها بغيره لا يجوز » . وقد يذهب البعض – بناء على ذلك – إلى ادعاء إجماع على توقيع عقوبة الإعدام بالسيف ، ومن ثم يمنع من تغيير هذا الحكم الفقهى على حسب تغير الظروف الاجتماعية وتطور وسائل تنفيذ مثل هذه العقوبة .

ومثل هذا الفهم مردود على أصحابه : فالفقهاء ما قرروا الحكم السابق إلا لأن السيف كان هو

---

(٥٤) المدونة ، جـ ١٦ ص ١٠٤ – ١٠٥ .

(٥٥) ص ٢٥ من المذكرة الإيضاحية للمشروع . وقد عللت تبنى المشروع لهذا الرأى أيضا بانتشار الجرائم التى تدخل تحت الحرابة فى عاصمة البلاد وغيرها من المدن والقرى فضلا عن الطرق العامة فى القطارات والمركبات .

(٥٦) انظر فى تعليل منهج هذا المشروع ، ص ٣٣ – ٣٥ من مذكرته الإيضاحية المطبوعة معه .

أفضل وسائل تنفيذ العقوبة بالقتل فى عصورهم التى كتبوا فيها . والرسول يأمرنا بأن نحسن فى كل شىء فيقول : «إن الله عز وجل كتب الإحسان على كل شىء . فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحدُّ أحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته» (٥٧) .

ومن إحسان القتل أن تستخدم له أسرع الوسائل لتحقيقه ، وأقلها إشعاراً للمحكوم عليه بآلامه . ومن ثم فإن اتخاذ الوسائل الحديثة فى ذلك من أمثال الشنق واستعمال الكرسى الكهربائى والقتل رمياً بالرصاص – كل ذلك جائز لا غبار عليه .

وهذا الحكم وأمثاله فى كلام الفقهاء مما يجب أن يتغير بتغير الظروف فى الأزمان والأمكنة المختلفة وأمثلة ذلك كثيرة فى كل مذهب من المذاهب المعتمدة ، وإجماع الأصوليين عليه ليس موضع خلاف ، حتى قال فى مثله الإمام القرافى المالكى رحمه الله عند كلامه على الأحكام التى تتغير بتغير العرف : « فمهما تجدد العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطور فى الكتب طول عمرك ، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك ، لا تجره على عرف بلدك ، واسأله عن عرف بلده فأجره عليه ، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك ، فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المنقولات أبداً ضلال فى الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » (٥٨) .

أما عقوبة الصلب فهناك رأيان حول كيفية تنفيذها يذهب إلى كل منهما بعض أهل السنة من أصحاب المذاهب الأربعة : فالأحناف وابن القاسم من المالكية يذهبون إلى أن المحكوم عليه بالصلب يصلب حيًّا ثم يطعن برمح فى بطنه ويترك حتى يموت ، وذهب الشافعية والحنابلة وأشهب من المالكية إلى أن المحكوم عليه بالصلب يقتل أولاً ثم يصلب ثلاثة أيام ردعاً للآخرين (٥٩) ، ويذهب المؤسس الثانى لمذهب الظاهرية – ابن حزم الظاهرى – إلى أن الصلب عقوبة منفصلة عن عقوبة القتل ، فلا يجوز ربطها بقتل المحكوم عليه بالصلب ، سواء قبل أن يصلب أو بعد تمام صلبه . وعنده أن المحكوم عليه به يصلب حيًّا ويترك حتى يموت مهما طالت به المدة ، ثم ينزل بعد ذلك ويغسل ويكفَّن ويصلى عليه ويدفن فى مقابر المسلمين (٦٠) .

---

(٥٧) سنن ابن ماجه ، جـ٢ ص ١٠٥٨ (الحديث ٣١٧٠) ، ط فؤاد عبد الباقى .

(٥٨) القرافى ، الفروق ، جـ١ ص ١٧٦ – ١٧٧ وانظر فى تحقيق تغيّر بعض الأحكام بتغير العرف أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية ، ص ٨١ – ٨٦ .

(٥٩) الزيلعى على كنز الدقائق جـ ٣ ص ٢٣٧ (طـ القاهرة ١٣١٣ هـ) ، المدونة جـ ١٥ ص ٩٩ (طـ القاهرة ١٣٢٣ هـ) ، والمرداوى ، الإنصاف ، جـ١٠ ص٢٩٣ ، وابن رشد بداية المجتهد ، جـ ٢ ص ٤٩٤ .

(٦٠) المحلى جـ ١١ ص ٣١٧ – ٣١٨ .

وقد اختلف الفقهاء قبله فى الصلاة عليه : فقال بها بعضهم ، ونفاها آخرون تنكيلاً بالمصلوب والصحيح أن يصلى عليه ويدفن فى مقابر المسلمين شأنه شأن كل من مات أو قتل منهم حدًّا أو قصاصاً أو حتف أنفه(٦١).

والواقع أن الأساس فى تقرير عقوبة الصلب هو الإشعار بخطر هذه الجريمة وشناعتها للتقليل من ثم من فرص ارتكابها . فإذا وقعت فإن الهدف من توقيع هذه العقوبة هو الردع العام : أى الموجه إلى مجموع الأمة حتى لا يقع غير من ارتكبها فى ارتكابها مرة أخرى ، ولا شك أن مجرد المعرفة بإمكان توقيع هذه العقوبة كاف فى تحقيق هذا الهدف . فإذا أضفنا إلى ذلك أن القرآن الكريم لم يشر إلى وجوب اقتران الصلب بقتل المصلوب قبله أو بعده فإننا نجرى الكلام على أقرب معانيه من صلب المحكوم عليه بهذه العقوبة ؛ حتى يموت ثم يغسل بعد ذلك ، ويكفن ويصلى عليه .

ولا يبعد من يقول : إن هذه العقوبة تهديدية محضة ، ولعل ذلك ما أراده الإمام مالك حين سئل عن الصلب فقال : « لم أسمع أحداً صلب إلا عبد الملك بن مروان ؛ فإنه كان صلب الذى يقال له الحارث الذى كان تنبأ فصلبه عبد الملك » . فمالك – رحمه الله – لم يبين كيف يكون الصلب ؟ ولا متى يكون ، ولا عقاب أى فعل من أفعال الحرابة هو ؟ وإنما اكتفى بأن ذكر الحالة الوحيدة التى يعرفها للصلب وهى فى غير الحرابة فى رجل ادعى النبوة . وقد حدثت بعد عهد الأئمة المقتدى بهم فى عهد عبد الملك بن مروان(٦٢).

وقد حاول بعض المحْدَثين أن يقارن بين عقوبة الصلب وعقوبة الإعدام رمياً بالرصاص مدعياً أنهما صورتان لعقوبة واحدة والحق أن العقوبتين مختلفتان أشد الاختلاف ؛ حتى إنه لا يكاد يوجد مجال للمقارنة بينهما ، فضلا عن تسويتهما إحداهما بالأخرى(٦٣). وليس تضار الشريعة الإسلامية بأن تعرف عقوبة لا نظير لها فى النظم العقابية الحديثة ، سواء أطبقت هده العقوبة أو لم تطبق ، إنما المهم هو كون عقوبات هذه الشريعة قادرة على تحقيق أهدافها العقابية وأهداف سياستها الجزائية . وذلك ما لا يسع منصفاً إنكاره . ولا علينا بعد ذلك عرفت النظم القانونية مثل نظمنا أم لم تعرفها .

وقد اختلف الفقهاء على رأيين حول ترتيب العقوبات ، وهل هو إلزامى أو تخييرى ؟ . فقال الظاهرية والمالكية : إن القاضى له سلطة اختيار خير العقوبات وأفضلها أثراً فى كل حالة والحكم بها

---

(٦١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ص ٤٩٣ وما بعدها .

(٦٢) المدونة ، جـ ١٦ ص ٢٩٩ .

(٦٣) الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله ، جـ ١ ص ٦٥٧ .

على الجناة دون أن يكون مقيداً فى كل صورة من صور ارتكاب الجريمة بعقوبة معينة يوقعها دون غيرها (٦٤).

وهذا الفريق من الفقهاء يقيم نظريته على أن هذه العقوبات المختلفة إنما نوّع الله تعالى فيها ليختار منها القاضى فى كل حالة ما يلائم أخلاق المجرم وطباعه وخطورته ، وعبر عن ذلك الإمام مالك حين قال : « ورُبَّ محارب لا يقتل وهو أخوف وأعظم فساداً فى خوفه ممن قتل » يريد أن توقيع العقوبات إنما يتحدد بمدى خطورة الجانى ، وليس حتماً أن يدل ما ارتكبه من جريمة على حقيقة خطورته (٦٥). وقد انتقدت سلطة القاضى هذه بأنها إعطاء حق له يتحكم به فى توقيع العقوبات تحكما قد يساء استخدامه لمصلحة أو غرض أو هوى ، ولكن المالكية أجابوا عن ذلك بلسان الإمام القرافى حين قرر أن القاضى يجب عليه « بذل الجهد فيما هو الأصلح للمسلمين : فإذا تعيّن له الأصلح وجب عليه ، ولا يجوز له العدول عنه إلى غيره . . فهو أبداً ينتقل من واجب إلى واجب ، والوجوب دائماً عليه فى جميع أحواله . قبل الاجتهاد يجب عليه الاجتهاد ، وحالة الاجتهاد هو ساع فى أداء الواجب ، ففعله حينئذ واجب ، وبعد الاجتهاد يجب عليه فعل ما أداه إليه اجتهاده ، فلا ينفك عن الوجوب أبداً » (٦٦).

أما الأحناف والشافعية والحنابلة فذهبوا إلى أن العقوبات المذكورة فى آية الحرابة مرتبة على ترتيب أفعال الجريمة : فإذا قتل المحارب قتل ، وإذا سرق المال قطعت يده ورجله من خلاف ، وإذا أخاف الطريق ومنع المسافرين نفى من الأرض ، وإذا جمع بين القتل والسرقة صلب . وفى عبارة أخرى فإن توقيع العقوبة عندهم غير مرتبط بشخصية الجانى ومدى خطورته ، وإنما هو مرتبط بكيفية ارتكاب الجريمة ، فلكل صورة من صورها عقوبة محددة لا يتعداها القاضى ولا يملك تعديلها (٦٧).

وكل من وجهتى النظر السالفتين لها مبرراتها القوية وأسبابها السديدة ، وليس فى ذلك خطأ وصواب ؛ وإنما هو مما تحتمله كلمات الآية الكريمة ، وأى الرأيين مال إليه الباحث فلا تثريب عليه إن شاء الله . على أن رأى المالكية والظاهرية أكثر قرباً من الآراء الحديثة فى علم العقاب وعلم الإجرام التى تنادى بإقامة السياسة الجنائية على الصفات الشخصية للمجرمين وطباعهم وأخلاقهم ، وليس

---

(٦٤) المحلى جـ ١١ ص ٣١٧ ، والمدونة ، جـ ١٦ ص ٢٩٨ - ٣٠٥ .

(٦٥) المدونة ، الموضع لسابق .

(٦٦) الفروق ، جـ ٣ ص ١٨ وكلام القرافى فى هذا الفصل كله مما يجب الاطلاع عليه .

(٦٧) الأم للشافعى ، جـ ٦ ص ١٤٠ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ، جـ ٣ ص ٢٣٥ - ٢٣٧ والإنصاف للمرداوى جـ ١٠ ص ٢٩٢ - ٢٩٥ .

على نوع الجرائم التى يرتكبونها فحسب[٦٨].

هذه هى أهم الآراء الفقهية فى شأن العقوبات ، تنفيذها وترتيبها . وقد ذهب المشرع الليبى وواضعوا مشروع تطبيق الحدود الشرعية فى الأزهر إلى إهمال النص على عقوبة الصلب ، فلم يرد لها ذكر فى نصوص قانون السرقة والحرابة الليبى ، أو فى مشروع الأزهر.

وعلى ذلك فإن المحاكم الليبية لا تملك أن تقضى بعقوبة الصلب على الرغم من أنها مما ورد فى الآية الكريمة التى تحدد عقوبات الحرابة ، والشىء نفسه ينطبق على مشروع القانون الذى أعدته لجنة الأزهر فيما لو صدر به قانون فى مصر.

أما مشروع الدكتور إسماعيل معتوق – رحمه الله – فقد نص على الصلب فى المادة ٣١٨ (ف ٢) وحدد طريقته بأن يصلب المحكوم عليه ثلاثة أيام ثم يقتل شنقاً. ولم تذكر المذكرة الإيضاحية للمشروع شيئاً حول هذا النص.

وقد سكت المشرع الليبى . وواضعو مشروع قانون الأزهر عن كيفية تنفيذ القتل فيمن أدين فى جريمة الحرابة ، أما مشروع الدكتور إسماعيل معتوق فنصَّ على أن يكون القتل بالإعدام شنقاً (م ٣١٨ ف ١) . وغالب الظن أن القتل سينفذ بطريق الشنق سواء فى ظل سكوت النص عن ذلك أو تصريحه به ؛ لأن القتل هو عقوبة الإعدام ، وتوجب قوانين العقوبات فى مصر وليبيا أن تنفذ بطريق الشنق (م/١٣ ع مصرى) .

وقد ذهبت القوانين الثلاثة (القانون الليبى والمشروعان المصريان) إلى الرأى القائل بترتيب عقوبات الحرابة على حسب الأفعال التى ترتكب بها الجريمة . (م/٥ ليبى ، م/٣١٨ مشروع الدكتور معتوق ، وم/٢ من مشروع الأزهر) .

على أن المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأزهر رجحت رأى الإمام مالك فى أن العقوبات على التخيير ، وليست على الترتيب[٦٩]. وإن كان المعول عليه هو نص مشروع القانون ، وليس مذكرته الإيضاحية .

---

(٦٨) Hall Williams, The English Penal System in Transition, London, 1970, pp. 7-22.

(٦٩) انظر ص ٣٦ من المذكرة الإيضاحية وفيها : «وقد أخذت اللجنة برأى الإمام مالك . . . وأوردت العقوبات التى ترى مناسبتها لكل حالة من حالات الاعتداء» فأين رأى مالك هنا ؟

٨١ – عقوبة النفى :

يواجه الناظر فى كتب الفقه نظريات ثلاثاً حول عقوبة النفى : فمذهب الإمام أبى حنيفة أن النفى هو الحبس ، ويؤيد الأحناف ذلك بأن نص الآية الكريمة « أو ينفوا من الأرض » والنفى من جميع الأرض غير ممكن ، ولا يؤدى إليه ، أو إلى معناه إلا حبس المحكوم عليه بالنفى[٧٠].

أما مذهب الإمام مالك فيرى فقهاؤه أن النفى هو الحبس فى غير بلد الجانى . وكأنهم بذلك يطبقون معنى كلمة النفى لغة ، فإنها تعنى الإبعاد عن البلد ، وتعنى الإبعاد عن الناس ، والأول بنقله من بلده والآخر بمنعه من الاتصال بالناس ويتم بحبسه[٧١].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن نفى المحارب هو تتبعه من بلد إلى بلد ، إذا فر هارباً بعد ارتكاب جريمته ، حتى يقع فى يد السلطة لتعاقبه بعد ذلك على جريمته ، فالنفى عندهم ليس عقوبة فى ذاته ، وإنما هو وسيلة إلى تمكين الدولة من ممارسة حقها فى العقاب[٧٢].

وليس من دليل يؤيد الذى ذهب إليه الشافعية والحنابلة ، بل الواقع أن سياق الآية التى جعلت النفى أحد أنواع « الجزاء » التى يتعرض لها المحاربون يخالف مذهبهم : فالجزاء هو العقوبة ، وإحدى صوره أن يكون بنفى المرتكب لجريمة الحرابة من المكان الذى يعيش فيه عادة إلى غيره ، وهذه صورة من صور العقاب عرفتها الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع القديمة والحديثة لعدد غير قليل من الجرائم .

أما المالكية فإن رأيهم يجعل العقوبة الواحدة عقوبتين : هما النفى والحبس ، وليس فى النص القرآنى إلا عقوبة واحدة هى النفى فحسب . وقد يقوم الحبس مقام النفى إذا لم يمكن توقيع هذا الأخير . فالحال فى هذا العصر الحديث أن النفى فى أغلب الأقطار غير ممكن إذ لن تقبل دولة مجرمى دولة أخرى فى أراضيها ، ولن يتم العقاب بالنفى من مكان إلى مكان آخر فى القطر ذاته ، ومن ثم فإن خير وسيلة لتوقيع هذه العقوبة الآن إنما هى صورة الحبس ، وهو نفى على كل حال .

والنفى – أو الحبس – أجَلُه ثبوت توبة الجانى بحيث يغلب على الظن أنه لا يعود إلى ارتكاب هذه الجريمة مرة أخرى . ولذلك اختلف الفقهاء فى تحديد مدته ، والصحيح فى نظرنا أنه لا يمكن تحديد مدة واحدة له تطبق على جميع الجناة ، بل لابد من اختلاف المدة على حسب اختلاف ظروف الجناة

---

(٧٠) الزيلعى على كنز الدقائق ، المصدر السابق ، ص ٢٣٥ .

(٧١) المدونة ، الموضع السابقة الإشارة إليه .

(٧٢) الغزالى ، الوجيز ، جـ ٢ ص ١٧٩ ، والمرداوى ، الإنصاف ، جـ ١٠ ص ٢٩٨ .

وشخصياتهم : فالزمن الذى يكفى إصلاحَ شخص قد لا يكفى إصلاحَ غيره . وهذا مما يعرفه كل مشتغل بالعلوم الجنائية ، ومن ثم فهذه مسألة اجتهادية يختلف النظر إليها والحكم فيها باختلاف ظروف الجناة وأحوالهم ، ويجب أن تترك – فى حدود معينة – لسلطات القضاء والتنفيذ دون أن يقطع فيها المشرع بنص جامد لا تراعى فيه العوامل الواجبة فى تنويع المعاملة العقابية .

وقد يجرنا الحديث عن توبة الجانى إلى بحث أثرها على العقوبة إذا تمت التوبة قبل أن يقع الجانى فى يد سلطات الدولة المختصة بمكافحة الجريمة وتوقيع العقاب : فقد ذهب بعض الكاتبين إلى أن هذه العقوبات المقررة فى القرآن الكريم لجريمة الحرابة إنما هى فى الواقع «حبر على ورق» إذ من السهل على كل جان أن يعلن توبته قبل قدرة الدولة عليه .

والجواب على هذا الزعم : أن هذه العقوبات وغيرها من عقوبات الحدود إنما وضعها الله سبحانه وتعالى أولاً لحماية المجتمع المسلم من الآثار السيئة لهذه الجرائم التى وضعت لها فإذا تحقق لمرتكبى الجريمة أنهم كانوا خاطئين بوقوعهم فيها ، وأعلنوا توبتهم عنها – فإن حق الدولة فى العقاب يسقط ؛ ليفتح الباب لعودة هؤلاء الذين ارتكبوا الجريمة إلى حياة المجتمع العادية السليمة النظيفة . ومع ذلك فإن حقوق الناس (أو حقوق العباد) لا تسقط عنهم بالتوبة ؛ وإنما الذى يسقط فحسب هو حق الله أو حق الدولة فى توقيع العقاب .

وليس من ريب فى أن عودة هؤلاء إلى حياة المسلمين تائبين مطهرين بالتوبة – خيرٌ لهم وللمجتمع من توقيع العقاب عليهم وبقائهم – ما طالت حياتهم – معلَّمين بآثاره بين الناس ، وليس فى ذلك إهدارٌ لحق أحد مادام كل اعتداء وقع منهم على حقوق الأفراد سوف يكون محلاً للمؤاخذة ، سواء فى ذلك أكانت المؤاخذة مدنية أو جنائية .

٨٢– ملاحظات على تقنين عقوبتى السرقة والحرابة :

نورد تحت هذا العنوان عدداً من الملاحظات التى رأينا ضرورة الإشارة إليها فى هذه الدراسة ، وهى ملاحظات تشمل التقنين الليبى الخاص بتطبيق عقوبتى السرقة والحرابة فى ليبيا ، ومشروعى القانونين اللذين أُعِدا فى مصر لتطبيق الحدود الشرعية : مشروع الأزهر ومشروع الدكتور إسماعيل معتوق . وقد جمعنا هذه الملاحظات هنا ؛ لأنها لا تدخل تحت المسائل التى بحثناها فيما سبق من بحثنا للسرقة والحرابة .

٨٢- ١ - المنهج :

إن المشروع الليبي وواضعي المشروعين المصريين لم يلتزموا الأخذ بأحكام مذهب واحد معين من مذاهب الفقه الإسلامي ، بل أخذوا من هذه المذاهب ما رأوه ملائماً للظروف الاجتماعية والاقتصادية المعاصرة . وفي القانون الليبي على وجه الخصوص – وكذلك في مشروع قانون الأزهر – أحكام جديدة لم تستق من أي من المذاهب الأربعة المشهورة . وهذا مسلك محمود : فالحق إنما يكون في اتباع ما أيده الدليل من أقوال الفقهاء المتقدمين والمتأخرين ، وفي تشريع ما يلائم مصالح الناس التي جاءت الشريعة الإسلامية أصلاً لتحقيقها نفياً للحرج ووضعاً للإصْر عن عاتق المكلفين .

٨٢- ٢ - عدم العقاب في حالتي الضرورة والحاجة :

نص القانون الليبي في مادته الأولى على الشروط الواجب توافرها في السرقة المعاقب عليها حدًّا ، فقرر أنه يجب «أن يكون الجاني عاقلاً . أتم ثماني عشرة سنة هجرية ، مختاراً غير محتاج ولا مضطر» ويعنينا من هذه الفقرة هنا شرطها الأخير وهو كون الجاني «غير محتاج ولا مضطر» :

فأما المضطر فلا إثم عليه ولا جناح بنص القرآن الكريم ونصوص الأحاديث النبوية الشريفة . فاستثناؤه من توقيع عقوبة الحد واضح ومفهوم .

وأما المحتاج : فالحاجة دون الضرورة : فإن كان المسروق طعاماً فالمضطر إليه هو من أشرف على الهلاك جوعاً ، والمحتاج هو مجرد الجائع . ومع ذلك فقد سوى النص بين الرجلين وجعل المحتاج كالمضطر . والقانون في ذلك يأخذ بمذهب من قال من الفقهاء : إن «الحاجة تنزل منزلة الضرورة» . ويتبع – فيما نظن – رأي من ذهب من العلماء المعاصرين إلى جعل نفقات التعليم ، والمسكن ، وإعالة الأولاد ، وعلاج من يلزم المسلم بنفقته ، وسداد الدين ، وغيرها من لوازم الحياة كلها ؛ مما تبيح الحاجة إليها رفع العقوبة عن السارق – وإن عوقب تعزيراً في بعض الصور – فلا يعاقب بعقوبة الحد متى احتاج إلى واحد أو أكثر من الأشياء المتقدمة(٧٣) .

وليس من شك في أن إنزال الحاجة منزلة الضرورة في باب رفع العقاب أولى وأوفق من قصرها على مجالات العقود والمعاملات ، وهو كذلك متسق مع منطق الشارع الذي احتاط أعظم الاحتياط

(٧٣) صاحب هذا الرأي هو المرحوم الأستاذ حسن الهضيبي المستشار السابق بمحكمة النقض المصرية ، والذي تولى بعد تركه وظيفته القضائية منصب «المرشد العام لجماعة الإخوان المسلمين» . وقد أورد رأيه المشار إليه في رسالة له بعنوان «دستورنا» عبر فيها عن رأي «الإخوان المسلمين» في بعض المسائل القانونية والسياسية ، وهي مطبوعة عدة طبعات في مصر وغيرها من البلاد العربية .

فى جانب توقيع العقوبات وخاصةً عقوبات الحدود . وهذا الموضع هو أحد المواضع التى تحرر فيها المشرع الليبى – فأصاب – من سلطان التقليد .

وقد أصاب المشرع الليبى – كذلك – حين قرر فى المادة الرابعة (ف ٤) والتى تعالج شروط توقيع عقوبة الحد فى جريمة الحرابة أنه « يجب أن يكون الجانى عاقلاً ، أتم ثمانى عشرة سنة هجرية ، مختاراً ، غير مضطر » . فلم ينص فى جريمة الحرابة على إعفاء من العقوبة فى حالة الحاجة ، وذلك لأنه لا يتصور أن تكون ثمة حاجة – فحسب – دافعة إلى ارتكاب مثل هذه الجريمة ، وإذ لم يكن بعيداً عن التصور أن تقع هذه الجريمة استجابة لنداء ضرورة – يقع تحت قهرها بعض الناس – فقد أعفى القانون من العقاب المقرر حدًّا مَنْ كان مضطراً إلى ارتكاب الحرابة .

وقد عالج مشروع قانون الأزهر حالة الضرورة فى المادة الثانية من بابه الأول المعنون « الأحكام العامة المشتركة بين الحدود » ، إذ نصت تلك المادة على أنه : « يشترط لإقامة الحد على الفاعل : أن يكون قد أتم من العمر ١٧ عاماً ما لم يتحقق بلوغه قبل ذلك – عاقلاً قاصداً ارتكاب الفعل عن رغبة واختيار بلا ضرورة أو عذر شرعى » .

وإذا كان لفظ الضرورة لفظاً له مدلوله الشرعى والقانونى المعروف ، والذى مهما ثار فى تفسيره من خلاف فإنه سوف يكون خلافاً محدود النطاق ، ويمكن أن تحسمه الأحكام القضائية بتتابعها على تطبيق واحد أو تطبيقات متقاربة – إذا كان لفظ الضرورة كذلك – فإن لفظ العذر الشرعى لفظ مرن غاية المرونة ؛ حتى ليكاد أن يكون غير منضبط بضابط من قواعد الشريعة أو القانون .

وقد قالت المذكرة الإيضاحية للمشروع فى تعليقها على هذا النص « وتُرِكَ تعريف الضرورة والعذر الشرعى مرسلاً – للأخذ فيه بالأصلح من أقوال الفقهاء – تحقيقاً للمرونة فى التطبيق من جهة ، ولعدم إمكان حصر جميع الذرائع التى تعتبر ضرورة أو عذراً شرعيًّا من جهة أخرى »(٧٤) .

ومع أننا نخالف المذكرة الإيضاحية فى عدم إمكان حصر الضرورات الشرعية التى قد تمنع من توقيع عقوبة الحد فإننا نتفق معها فى عدم إمكان حصر ما سماه مشروع القانون « بالعذر الشرعى » .

ولنا أن نتساءل لذلك : هل تعتبر الحاجة – فى منطق المشروع – عذراً شرعيًّا أو لا ؟

إن الذى نميل إليه هو اعتبار الحاجة من قبيل العذر الشرعى فى تفسير نصوص مشروع قانون الأزهر ، ولعلنا لا نعدو الصواب إذا قلنا : إن ذلك قد يكون مرادَ واضعى المشروع ، وإن تجنبوا التعبير بلفظ الحاجة – على الرغم من أنه أكثر دقة من لفظ العذر الشرعى – لسبب لم نستطع استظهاره من نصوص المشروع ولا من مذكرته الإيضاحية . ويبقى ما وراء ذلك من أعذار شرعية

(٧٤) انظر ص ٢٦ من المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأزهر.

لتفسير القضاء والفقه ، متى قدر لهذا المشروع أن يصبح قانوناً مطبقاً .

أما مشروع الدكتور إسماعيل معتوق فليس فى نصوصه إشارة إلى حالة الضرورة أو الحاجة وأثر كل منهما فى العقاب . وعلى الرغم من ذلك فإن نصوصاً كنصوص هذا المشروع إنما تفسر فقهاً وقضاء فى ضوء مصدرها المباشر ، وهو أحكام الشريعة الإسلامية ، وفقه فقهائها ، ومن ثم فلا حرج إن نحن قلنا : إن المضطر لا توقع عليه العقوبات المقررة فى هذا المشروع ، ولا توقع كذلك على المكره . ونحن – على الرغم من سكوت نصوص المشروع – أقرب إلى تأييد تخصيص نصوصه بقصر العقاب المقرر فيها على من لم تلجئه حاجة إلى إرتكاب جريمته فى الحالات التى تكون الحاجة فيها سبباً ملجئاً إلى ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه . ولعل أوضح هذه الحالات هى حالة ارتكاب جرائم السرقة تحت وطأة الحاجة إلى طعام أو كسوة أو نفقة أو علاج . . . إلخ .

٨٢– ٣– سقوط الجرائم والعقوبات :

قرر القانون الليبى أحكاماً خاصة بسقوط عقوبة الحد المقررة لجريمة الحرابة (أو بتعبير أدق لسقوط حق الدولة فى العقاب على هذه الجريمة) ، وقرر مشروع قانون الأزهر ، ومشروع الدكتور إسماعيل معتوق أحكاماً للحالة ذاتها . وتعرض المشرع الليبى بنص صريح لسقوط الجريمة ، ولم يتعرض لذلك صراحة المشروعان المصريان ، ونناقش فيما يلى سقوط العقوبة (أو إنقضاء الحق فى العقاب) ، ثم أحكام سقوط الجريمة .

عرضت المادتان السادسة والسابعة من القانون الليبى لحكم سقوط حد الحرابة بالتوبة قبل القدرة على المحارب ، فقررتا أن الذى يسقط بالتوبة هو الحد فقط ، دون حقوق الآدميين ، ودون الجرائم التى لها عقوبات تعزيرية مما يكون المحارب قد ارتكب فى أثناء الحرابة . وعدم سقوط الجرائم التى لها عقوبات تعزيزية ، بإطلاق موضع نظر : فالتعزير قد يجب حقًّا لله تعالى – أى لجريمة تعد اعتداء على المصلحة العامة – أو حقًّا لآدمى : أى لجريمة ، إنما هى اعتداء على فرد أو مجموعة من الناس ، فإن كانت الجرائم التى ارتكبها المحارب يجب فيها التعزير حقًّا لله تعالى فالواجب أن تسقط العقوبة عليها كما سقطت عقوبة الجريمة الأصلية ، أما إذا كان التعزير قد وجب لجريمة هى اعتداء على فرد معين فإن عدم سقوط العقوبة هنا هو الصواب . ومن رأينا أن نص القانون يجب أن يعدّل حتى تتضح هذه التفرقة ، ومن رأينا أيضاً أن القاضى لا يخطئ – حتى فى ظل النص الحالى – إذا أجراها فى التطبيق بإعتبار أن القاعدة التى وضع النص على أساسها هى سقوط كل ما كان حقًّا لله تعالى دون ما كان حقًّا

لآدمي مما ارتكب فى أثناء الحرابة ،(٧٥) ويكون هذا تخصيصاً لمطلق النص بالقاعدة الشرعية التى أخذ النص ذاته منها .

وقد أورد مشروع الأزهر الأحكام ذاتها المقررة فى القانون الليبى فى نصوص مادتيه الثالثة والرابعة ، من الباب الثالث الخاص بحد الحرابة . وما قلناه فى شأن نصوص القانون الليبى ينطبق أيضاً على هذه النصوص .

أما مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى (مشروع الدكتور معتوق) فقد أورد النص على سقوط عقوبة الحد (انقضاء الحق فيها) فى مادته ٣٢٠ والتى نصها : «يعفى من هذه العقوبات من عدل تائباً باختياره وقبل القبض عليه دون ارتكاب جرائم ، فإن تاب بعد ارتكاب جريمة فعليه عقوبتها بشروطها» .

ولنا على هذا النص ثلاث ملاحظات :

الأولى : أنه – فى شأن جريمة الحرابة – يخالف نص الآية القرآنية الكريمة : (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) : فإن هذه الآية تمنع من عقاب المحارب عن جريمة الحرابة بإطلاق . سواء أكانت توبته بعد أن ارتكب الجريمة فعلاً – وهذا هو الغالب ، والمستفاد من سياق النص – أم قبل أن يرتكبها ، وتلك هى الصورة النادرة .

ولا نعلم خلافاً بين العلماء فى أن المراد بالآية هو عدم العقاب على النحو الذى تقدم : فن أين أتى واضعو المشروع بقصر النص على التائب قبل ارتكاب الجريمة ؟ وقد فصلنا القول فى هذا الشأن من قبل فى بحثنا للتوبة والعفو وأثرهما على العقاب .

الثانية : إن الإطلاق الوارد فى النص فى خصوص عدم سقوط الحق فى العقاب بالتوبة بعد ارتكاب جريمة – أيًّاما كانت – إطلاق منتقد : ذلك أن الرأى الأرجح فى الفقه الإسلامى إسقاط التوبة لحق الدولة فى العقاب على جميع جرائم الحدود التى يرتكبها المحارب . على حين أن النص هنا يجعل التوبة «بعد ارتكاب جريمة» غير مؤثرة فى العقاب . وعندنا أن هذا يجافى علة النص ، وهى إغراء المحارب بالكف عن السعى فى الأرض فساداً بتقرير إعفائه من العقاب إذا تاب . والنص بصورته الحالية يجعل هذا الإعفاء غير ذى قيمة . فلماذا يتوب المحارب ويقلع عن غيه وهو معاقب على كل حال ؟

والثالثة : إن النص لم يتعرض للتفرقة بين حقوق الله – المصلحة العامة – إذا اعتدى عليها

(٧٥) وقد نص فى تتمة الروض النضير على سقوط الحد وعقوبات جميع الجرائم التى ارتكبت فى أثناء الحرابة ، سوى حقوق الآدميين . وهذا هو الصواب . راجع جـ ٥ من الروض النضير ص ٣٤ .

وحقوق الفرد . وقد كان يجب – فى نظرنا – أن يقوم النص على هذه التفرقة ، فيجعل التوبة مسقطة لحقوق الله – أى لـلاعتداء على المصلحة العامة – دون أن تسقط بها حقوق العباد ، من آحاد الناس الذين يصيبهم فعل المحارب بالضرر ، وذلك كله على النحو الذى فصلنا الكلام فيه فى الباب الأول من هذه الدراسة .

هذا عن سقوط الحق فى العقوبة ، أما سقوط الجريمة (أى امتناع المحاكمة الجنائية عنها) فقد أورد القانون الليبى حكمه فى المادتين الخامسة عشرة والسادسة عشرة اللتين تُقرران سقوط الجريمة (السرقة والحرابة) بمضى عشرين سنة من يوم ارتكابها . وسقوط العقوبة المقضى بها بمضى المدة ذاتها إلا إذا كانت العقوبة هى الإعدام ، فإنها لا تسقط إلا بمضى ثلاثين سنة من يوم صدور الحكم النهائى بها .

وهذه الأحكام مقررة فى النظم الجنائية الحديثة ، والمدة المنصوص عليها فى القانون الليبى هى ذاتها المقررة فى بعض القوانين الإجرائية الجنائية العربية ومنها القانون الليبى وقانون الإجراءات الجنائية المصرى بالنسبة لسقوط العقوبة (م ٥٢٨ إجراءات ج مصرى) ، أما الجريمة فيسقط الحق فى رفع الدعوى الجنائية عنها فى القانون المصرى بمضى مدة أقل (م ١٥ أ ج) .

أما فى الفقه الإسلامى فحكم السقوط بمضى المدة لا يقول به إلا فريق من فقهاء الأحناف ، ويحددون له مدداً تتردد بين شهر وستة أشهر[٧٦] .

أما فقهاء المذاهب الأخرى فيرون – بحق – أنه بعد ثبوت الجريمة ، أو صدور الحكم – المتضمن الإدانة والعقوبة – فإن مضى المدة لا أثر له فى إسقاط الحق فى العقاب ، أو وجوب تنفيذ ما قضى به القضاء .

أما المشروعان المصريان فلم يوردا نصًّا على أثر مضى المدة فى العقوبة أو الجريمة ، ونص كل منهما على اعتبار الجرائم المشار إليها هنا (السرقة والحرابة) من الجنايات . فهل تسرى على هذه الجرائم – فى إرادة واضعى المشروعين – الأحكام المقررة لأثر مضى المدة فى جرائم الجنايات وعقوباتها والمنصوص عليها فى قانون الإجراءات الجنائية المصرى ؟

إن ظاهر النص يدفعنا إلى الميل إلى تأييد هذا التفسير ، ولو أراد واضعو المشروعين استثناء هاتين الجريمتين لأوردوا النص على ذلك فيهما ، أما وقد جاءا خاليين من مثل هذا النص فإن النص

---

(٧٦) الحصكفى ، شرح الدر المختار ، جـ ١ ص ٤٣٢ ، والمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى ، المصدر السابق ، جـ ١ ص ٧٧٨ – ٧٨١ ، والمراجع المشار إليها فيه .

الخاص بالسقوط بمضى المدة فى قانون الإجراءات الجنائية المصرى ينطبق على هذه الجرائم ، كما ينطبق على غيرها من الجنايات .

٨٢- ٤- رقابة محكمة النقض :

نصت المادة ١٨ من القانون الليبى على وجوب عرض الحكم الصادر حضوريًا بعقوبة الحد (فى جريمتى السرقة والحرابة) على محكمة النقض بإجراءات قررتها . ونصت المادة ١٩ من هذا القانون على عدم تنفيذ الحكم الصادر بعقوبة الحد «إلا بعد الفصل فى القضية من محكمة النقض» .

ونصت على حكم مماثل المادة السابعة من الباب الأول من مشروع الأزهر لتطبيق الحدود الشرعية ، وجعلت هذا الحكم عامًّا ينطبق على الأحكام الصادرة فى جميع جرائم الحدود .

وهذا الحكم قصد به الزيادة فى الاحتياط فى توقيع عقوبات الحدود ، ولعله لا يبعد أن يقال : إنه تطبيق - فى صورة حديثة - للقاعدة الفقهية التى تقرر وجوب درء العقوبات بالشبهات ، والتى سبق أن فصلنا البحث فيها فى الباب الأول من هذه الدراسة وخاصة أن دور محكمة النقض هنا لا يقتصر على الرقابة على تطبيق القانون وتفسيره وتأويله ؛ وإنما يمتد ليشمل موضوع الدعوى ذاته ، فهى رقابة موضوعية وقانونية فى آن واحد .

وقد جاء المشروع الذى قدمه الدكتور إسماعيل معتوق لتعديل أحكام قانون العقوبات المصرى خلواً من النص على مثل ذلك الحكم ، وبذلك ترك واضعوه تنفيذ الأحكام الصادرة فى جرائم الحدود للقواعد الإجرائية العامة المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية .

القذف

٨٣- الجريمة وعقوبتها :

القذف فى اللغة : هو الرمى ؛ وفى اصطلاح الفقهاء : هو اتهام المحصن بالزنى ، أو نفى نسبه من أبيه ، أما من ينفى شخصاً عن أمه فلا حد عليه ، لأنه لم يرم بالزنى أحداً[٧٧] .

والاتهام بالزنى الذى يعتبر جريمة حد يعاقب عليها بالعقوبة المقررة لها فى القرآن الكريم ، هو ذلك الذى لا تقوم على إثباته بينة مقبولة شرعاً ، أما الذين يشهدون على شخص بالزنى – إذا كانت شهادتهم يثبت بها الزنى – فلا يعتبرون قاذفين .

ويجب لتوقيع العقوبة أن يكون المرمىّ (أى المقذوف) محصناً ، والإحصان هنا يعنى العفة أو البراءة من الزنى ، ولذلك يستوى أن يكون المقذوف متزوجاً أو غير متزوج ، ومن ثم فهناك فارق بين الإحصان هنا والإحصان فى باب عقوبة الزنى حيث يعنى هناك الدخول بعد عقد زواج صحيح .

وللفقهاء تفصيل فى الشروط التى يجب توافرها فى المقذوف بالزنى حتى تجب العقوبة على القاذف . وحسبنا من هذا التفصيل أن نعرف أنه يجب أن يكون مسلماً عفيفاً . والواقع أن هذا الشرط (العفة) هو الشرط الوحيد الذى يمكن استخلاصه من الآية الكريمة الواردة فى جريمة القذف وعقوبتها . وبقية الشروط كلها شروط توصل إليها فقهاء المذاهب المختلفة باجتهادهم[٧٨]

وقد وردت عقوبة القذف فى القرآن الكريم فى سورة النور : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون – إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم) ، سورة النور الآيات ٤ – ٥ .

وقد سبق لنا أن ناقشنا الخلاف حول كون هذه العقوبة قد قررت بعد واقعة «حديث الإفك» أم أنها قررت قبله[٧٩] وأيًّا ما كان الأمر فإن من المتفق عليه أن أول من وقعت عليهم هذه العقوبة – عقوبة القذف – كانوا أولئك الذين رموا السيدة عائشة رضى الله عنها بالإفك . فبرأها

---

(٧٧) فتح القدير – للكمال بن الهمام جـ ٤ ص ١٩٤ .

(٧٨) راجع للشروط المختلفة : المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٢١٥ – ٢١٦ . وقارن ذلك برأى الظاهرية فى المحلى جـ ١١ ص ٢٦٥ وما بعدها .

(٧٩) انظر ما تقدم فى بحث مدى تطبيق قاعدة عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى فى الشريعة الإسلامية .

القرآن منه (سورة النور الآيات ١١ – ٢١) وعاقب الرسول ﷺ من رموها به ، وهم حسان ابن ثابت ، ومسطح بن أثاثة وحمنة بنت جحش(٨٠) .

وتَدَبُّرُ الآيتين الكريمتين فى شأن القذف يتبين منه أن القذف له عقوبتان توقعان على من يرتكبه : فهو يجلد ثمانين جلدة ، ولا يعتد بشهادته ، أولا تقبل شهادته أمام القضاء . وثمة عقوبة ثالثة محلها علاقة القاذف بربه سبحانه وتعالى ، ألا وهى اعتبار القاذف فاسقاً . والأصل فى العقوبات التى جاءت بها الشريعة الإسلامية أن لكل جريمة عقوبة واحدة (وجزاء سيئة سيئةٌ مثلُها) . ولكنْ ثمة خروج على هذا الأصل فى حالات استثنائية منها هذه الحالة ، وحالة الزانى غير المحصن . ولعل الشارع نظر فى ذلك إلى شناعة الجرم من جهة . وإلى تعلقه بذمة القاذف وأمانته وصدقه من جهة أخرى ، فقرر عدم قبول شهادته ؛ كما أنه نظر إلى الأثر السيئ لوجود الزانى فى المكان الذى عرفت فيه جريمته ، وأثر ذلك على شيوع الفاحشة بين الذين آمنوا . . . فقرر نفيه منه(٨١) .

وقد اختلف الفقهاء حول كثير من المسائل التى عالجتها كتب الفقه فى باب القذف . وسنبحث هنا خلافهم حول صريح القذف وكنايته ، وحول تكييف العقوبة (أى هل تعتبر حقًّا لله أو حقًّا للآدمى المقذوف) وأثر توبة الجانى على عقوبته ، أو على حالته الجنائية بصفة عامة ، وعلى أهليتِهِ للشهادة بصفة خاصة .

٨٤– صريح القذف وكنايته :

القذف الصريح هو الرمى بالزنى بلفظ لا يحتمل سوى هذا المعنى على حين أن القذف غير الصريح «أو الكنائى» هو الرمى بالزنى بلفظ يفيد مع هذا المعنى غيره من المعانى ، فيحتمل مع معنى القذف غيره من المعانى التى لا يعد الرمى بها قذفاً معاقباً عليه ، ويسمى هذا النوع من القذف– القذف بالكناية أو التعريض بالقذف .

ويتفق فقهاء المذاهب الإسلامية جميعاً عدا المالكية على أن الحد لا يجب على من قذف تعريضاً أو بالكناية باعتبار أن القذف الموجب للحد هو القذف الصريح وحده(٨٢)

أما المالكية فيرون أنه لا فرق بين القذف تعريضاً أو كناية ، وبين القذف الصريح ، مادام

---

(٨٠) راجع تفسير القرطبى جـ١٢ ص ٢٠١ – ٢٠٢ ، وتفسير ابن كثير جـ ٥ طبعة بيروت ١٩٦٦ ص ٦٧ وما بعدها .

(٨١) هذه بعض الحكم الظاهرة لهذه العقوبات . ويجب الحرص دائما عند استنباط العلة لأوامر الشارع ونواهيه حين لا تكون منصوصا عليها . حتّى لا يؤدى ذلك إلى نفى الأحكام لتصور أو توهم غياب عللها . وقبول الأحكام – عامة – وقوفاً عند أمر الشارع أولى – عندنا – من تكلف التعليل ما لم يكن للبحث عن العلة مبرر ، ولاعتبارها سندٌ من النصوص أو القواعد الشرعية .

(٨٢) انظر المغنى جـ ٨ ص ٢٢٢ وما بعدها ، والمحلى جـ ١١ ص ٢٧٦ – ٢٨١ ، ومختصر المزنى بهامش الأم جـ٥ ص ١٦٨ .

القاذف يريد القذف ، ومادام ذلك مفهوماً لدى المقذوف[٨٣] .

والخلاف فى الحقيقة قائم حول مدى مساواة الكناية فى اللغة العربية للصريح . وقد يقال فى تأييد رأى الجمهور : إن التعريض يتضمن شبهة يحسن مع وجودها أن يدرأ الحد ، وإن جاز العقاب تعزيراً كما فى كل سب وشتم[٨٤] .

وقد فرق القرآن الكريم بين التعريض والتصريح فقال تعالى فى شأن المتوفىً عنهنَّ أزواجهن : (ولا جُناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم) البقرة – ٢٣٥ .

ومع اتفاق فقهاء المذاهب الثلاثة – الأحناف والشافعية والحنابلة – على مبدأ التفرقة بين التعريض والتصريح – فقد روى عن الإمام الشافعى إيجابه الحد على التعريض بالقذف إذا ثبت أن القائل نوى بذلك القذف بحجة أن الكناية أو التعريض مع النية بمنزلة التصريح[٨٥] وكذلك روى عن الإمام أحمد بن حنبل مثل قول الإمام مالك فى التسوية بين التعريض والتصريح وإن كانت الفتوى فى المذهبين الشافعى والحنبلى على الرأى الأول الموافق لرأى الجمهور[٨٦] .

٨٥– تكييف عقوبة القذف (هل هى حق لله أو للآدمى) :

للفقهاء فى هذه المسألة ثلاثة آراء : فالأحناف والظاهرية يذهبون إلى أن عقوبة القذف حق لله تعالى ؛ فهى من العقوبات التى تعود المنفعة فى توقيعها إلى المصلحة العامة ؛ إذ المقصود منها حماية المجتمع عن طريق حماية السمعة الطيبة لأفراده . ومن ثم فإن توقيع العقوبة – باعتباره عائداً بالنفع على المجتمع – يعتبر حقًّا لله تعالى[٨٧] .

ويذهب الشافعية والحنابلة إلى أن عقوبة القذف حق للآدمى ومن ثم فلا يمكن توقيعها مالم يطلب المجنى عليه فى جريمة القذف توقيعها على القاذف ، ويجوز للمجنى عليه – بناء على هذا الرأى – أن يعفو عن الجانى الذى قذفه ، وذلك باعتبار أن الاعتداء قد وقع على سمعة المجنى عليه وحده ، وليس من ضرر يصيب غيره من الأفراد[٨٨] .

---

(٨٣) شرح الخرشى على خليل جـ ٥ ص ٣٢٩ ، وحاشية المواق (طـ القاهرة ١٣٢٩ هـ) ، جـ ٦ ص ٣٠١ .

(٨٤) راجع الروض النضير جـ ٤ ص ٤٩٤ ، ورسالة الدكتور عبد العزيز عامر عن التعزير فى الشريعة الإسلامية ص ١٦١ (الطبعة الثالثة) .

(٨٥) المهذب ، لأبى إسحاق الشيرازى ، جـ ٢ ص ٢٩٠ .

(٨٦) راجع المغنى – الموضع السابق .

(٨٧) بدائع الصنائع للكاسانى ، جـ ٧ ص ٥٦ وما بعدها ، المحلى ، جـ ١١ ص ٢٨١ .

(٨٨) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى ، جـ ٧ ص ١٢٠ ، والمغنى لابن قدامة ، جـ ٨ ص ٢١٧ – ٢١٨ .

وللمالكية نظرية يفرقون بمقتضاها بين الجريمة قبل رفعها إلى القاضى وبعد رفعها إليه . ففى الحالة الأولى يعتبرون العقوبة حقًّاللآدمى، وفى الأخرى يعتبرونها حقًّا لله تعالى(٨٩) ، وهذا التمييز –فى واقع الأمر– غير مقصور على عقوبة جريمة القذف ، بل يمكن تطبيقه على جميع الجرائم المعروفة فى الشريعة الإسلامية : فالجريمة عند وقوعها تنشئ حقًّا فى اقتضاء العقاب ، ولا يتأكد هذا الحق إلا بحكم القضاء . ودور المجنى عليه دائماً هو الإبلاغ عن وقوع الجريمة . فإذا كان الحق الذى وقعت الجريمة اعتداء عليه حقًّا فرديًّا محضاً فالمجنى عليه قد يطلب من القاضى استيفاءه إذا رفع الأمر إليه ، وقد لا يفعل بعفوه عن الجانى ، أما إذا كان الحق المعتدى عليه حقًّا عامًّا فلا دخل لإرادة المجنى عليه فى استيفاء العقاب أو العفو عنه . وفضلاً عن ذلك فإن عدداً من الأحاديث النبوية الشريفة تحض المؤمنين على أن يتعافوا الحدود فيما بينهم ، وتبين أن ما بلغ القاضى من حد وجب توقيعه ، وليس لهذه الأحاديث عمل فى قضية كون عقوبة القذف حقًّا لله تعالى أو حقًّا لمخلوق ، ومن ثم فتفريق المالكية بين ما قبل رفع الجريمة إلى القاضى ، وما بعده ، لبناء تكييف العقوبة عليه – إنما هو تفريق – وإن صح فى ذاته – لا علاقة له – فى نظرنا – بالمسألة التى يجرى فيها البحث .

وعلى الرغم من أن الأحناف يعتبرون العقوبة على جريمة القذف – أصلاً – حقًّا لله تعالى فإنهم لا يرون إمكان تطبيقها إلا بعد أن يطلبها المجنى عليه أو من يمثله أمام القضاء ، وليس لهذا الشرط أصل فى القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة ، بل إن رسول الله ﷺ حين عاقب قاذفى عائشة رضى الله عنها لم يسألها : هل كانت تريد توقيع العقوبة عليهم أولا ؟(١) .

ولا يقال فى الرد على هذه الحجة : إن الرسول ﷺ كان فى موقف المجنى عليه عند قذف السيدة عائشة رضى الله عنها : ذلك لأن الاعتداء فى جريمة القذف إنما يصيب سمعة المقذوف خاصة ، والتهمة بالزنى لا تتعدى إلى الزوج إذا رميت به الزوجة ولا إلى الزوجة إذا رمى الزوج بالزنى . فإذا كان صحيحاً رأى القائلين بإشتراط طلب المجنى عليه توقيع العقاب على القاذف لكان رسول الله ﷺ فعل ذلك قبل أن يعاقب قذفة السيدة عائشة رضى الله عنها . أما وهو لم يفعل فإنه يسعنا أن نقول : إن طلب المجنى عليه لا علاقة له بتوقيع العقاب ، وإنه متى ثبت لدى القاضى أن القذف قد وقع فإنه يتعين الحكم بتوقيع العقاب على مرتكبى الجريمة دون انتظار طلب المجنى عليه أو دعواه .

واشتراط طلب المجنى عليه توقيع العقوبة هو نفسه سند الشافعية والحنابلة فى جعلهم عقوبة الزنى حقًّا لآدمى – هو المجنى عليه – وليست حقًّا لله تعالى . فإذا تبين عدم صحة هذا الاشتراط فإنه يتبين

---

(٨٩) حاشية الخرشى على خليل ، جـ ٥ ص ٣٣٢ وما بعدها .

(٩٠) المحلى جـ ١١ ص ٢٨٩ .

كذلك أن إعتبار العقوبة حقًّا لآدمى غير صحيح ، ومن ثم يمكن القول بأن عقوبة جريمة القذف – كغيرها من عقوبات الحدود – إنما هى حق لله تعالى وليست حقًّا لآدمى ، وأنه يجب توقيع العقوبة كلما ثبتت الجريمة سواء أكان ثبوتها بالإقرار أو البينة (الشهادة) . ولا تعارض بين هذا وبين إمكان العفو عن الجريمة بعدم رفعها إلى القاضى إذ ذلك عام فى جميع الحدود ، ولم يمنع من اعتبار عقوباتها حقًّا لله تعالى وليست حقًّا للمجنى عليه فيها .

٨٦– أثر توبة القاذف :

سبق أن ناقشنا أثر التوبة على العقاب بصفة عامة فى الباب الأول من هذه الدراسة ، أما فى خصوص جريمة القذف فقد اتفق الفقهاء على أمرين فى توبة القاذف ، أولها : أنه لا أثر لها على العقوبة المقررة فى القرآن وهى الجلد ثمانين جلدة . والآخر : أنها مؤثرة فى إعتباره فاسقاً : فالتائب لا يعتبر – بعد توبته – فاسقاً[٩١] – واختلفوا حول أثر هذه التوبة فى قبول شهادة القاذف الذى وقعت عليه عقوبة القذف أو عدم قبولها : فذهب الأحناف إلى أن التوبة لا أثر لها فى قبول الشهادة ، فتبقى شهادة القاذف أبداً غير مقبولة[٩٢] .

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية إلى أن توبة القاذف تعيد إليه أهليته للشهادة . وهذا الخلاف مبناه اختلافهم فى حمل الاستثناء فى قوله تعالى (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم) النور – ٥ : فمن ذهب إلى قصور الاستثناء عن التعدى إلى غير الجملة السابقة عليه (وأولئك هم الفاسقون) جعل شهادة القاذف مردودة أبداً وإن تاب . ومن ذهب إلى شمول الإستثناء للجملة التى قبلها كذلك (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) قال بوجوب قبول الشهادة من القاذف بعد توبته . والمسألة اجتهادية على كل حال ، فلا بأس فى دولة إسلامية معاصرة إن أخذ تشريعها بأى من هذين الرأيين فى أثر التوبة على قبول الشهادة .

٨٧– محاولات التقنين المعاصرة :

وردت الأحكام الخاصة بجريمة القذف فى كل من مشروع قانون الأزهر ، ومشروع الدكتور إسماعيل معتوق . ونعرض هنا أهم هذه الأحكام :

---

(٩١) تفسير سورة النور لأبى الأعلى المودودى ، أمير الجماعة الإسلامية فى باكستان ، ط ـ دمشق ١٩٥٩ ص ٩٧ – ٩٨

(٩٢) المبسوط ، للسرخسى جـ ١٦ ص ١٢٥ – ١٢٩ .

(٩٣) المغنى ، جـ ٩ ص ١٧٨ – ١٨١ ، والروض النضير ، جـ ٤ ص ٨٥ – ٨٧ ، والمواق على خليل ، جـ ٦ ص ١٦١ .

أخذ مشروع قانون الأزهر بجواز قبول شهادة المحكوم عليه بالحد فى جريمة القذف إذا ثبتت توبته (م ٣ من الباب السادس) أما مشروع الدكتور إسماعيل معتوق فقد أخذ بالرأى الآخر ، فنصت المادة ٣٠٢ منه على أن «من رمى محصنة أو محصناً بالزنى يعاقب بالجلد ثمانين جلدة ولا تقبل له شهادة أبداً» .

وفى تكييف الجريمة والعقوبة : اعتبر مشروع قانون الأزهر أن الجريمة تقع اعتداء على حق فردى ، ومن ثم علق استيفاء العقاب عليها على طلب المجنى عليه ، فنصت المادة الخامسة منه على أنه «لا يقام حد القذف إلا بناء على طلب من المقذوف» (م ٥ ف ١) . أما مشروع الدكتور إسماعيل معتوق فقد ذهب إلى الرأى القائل بأن الجريمة تقع اعتداء على حق الله – أى حق الجماعة – ومن ثم فإنه لم يشترط ادعاء المجنى عليه لتوقيع العقاب . ونص فى المادة ٢٠٤ على عدم جواز العفو عن الجريمة . وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع هذا المسلك بقولها : «ونظراً لأن الاعتداء فى القذف على حق الله وحق العبد ، وحق الله فيه أغلب ، فلا يجوز فيه العفو» .

وعندنا أن هذا المسلك أقرب إلى الصواب من المسلك الذى اختارته لجنة الأزهر فى مشروعها ، والذى أسسته على أنه : «قد يكون فى السكوت عن طلبه (توقيع العقاب) مصلحة للمقذوف وهو أدرى الناس بحقه الخاص . سواء أكان درءاً لإثبات الحد المقذوف به عليه أم لاستشعاره الحرج من تناول سيرته بما يسوء» (٩٤).

وفيما يتعلق بالتفرقة بين القذف صراحة والقذف تعريضاً فقد نص مشروع قانون الأزهر على اشتراط التصريح فى القذف المعاقب عليه حدًّا (م ١ ف ١) ، وسكت مشروع الدكتور إسماعيل معتوق عن التعرض للفرق بين القذف الصريح والقذف بطريق التعريض ، ولكن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع نصت فى صدد تعليقها على المادة ٣٠٥ منه على أن القذف بغير صريح الزنى يعتبر شبهة تسقط الحق . فإذا عرفنا أن نص المادة ٣٠٥ هو : «من رمى غيره بغير الزنى مما يؤثر فى اعتباره يعاقب بالجلد من خمس إلى عشرين جلدة» ، تبينا أن ما ورد فى المذكرة الإيضاحية – وإن أمكن أخذه فى الإعتبار – لا يصلح أساساً لعدم العقاب على القذف بالتعريض . وإنما يصلح أساساً لذلك نص المادة ٣٠٢ التى تقرر العقاب حدًّا على الرمى بالزنى . وقد كان حريا بواضعى هذا المشروع أن ينصوا فى صلب مواده على عدم العقاب على القذف غير الصريح دفعاً لكل لبس قد يثور فى هذا الخصوص .

وقد وضع فى ليبيا مشروع قانون لتطبيق حد القذف لا يخرج فى خطوطه العريضة عن مشروع لجنة الأزهر ، غير أنه جاء أكثر اهتماماً بالتفصيلات من المشروعين المصريين . وقد كان مشروع القانون

(٩٤) ص ٤٣ من المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأزهر.

الليبي أحد مشروعات القوانين الجنائية المأخوذة من الشريعة الإسلامية والتى أعدتها لجان تعديل القوانين الليبية ، ولكنه – مع مشروعات قوانين أخرى – لم يصدر كقانون معمول به حتى الآن[٩٥]. ولذلك ، ولقلة عدد المسائل التى خالف فيها مشروع قانون الأزهر– وقد أشرنا إلى أهم أحكامه – وتعلقها أساساً بتفصيلات تطبيقية – فقد رأينا عدم التعرض بتفصيل لدراسة ما جاء به من أحكام .

(٩٥) أورد نص هذا المشروع ومذكرته الإيضاحية المستشار على على منصور فى كتابه : نظام التجريم والعقاب فى الإسلام ، جـ ١ (القاهرة ١٩٧٦) وهو عبارة عن مجموعة مشروعات القوانين الجنائية المأخوذة من الشريعة الإسلامية ، والتى أعدتها لجنة تعديل القوانين الليبية التى كان يتولى رياستها . انظر فى مشروع حد القذف ومذكرته الإيضاحية الصفحات ٢٧١ – ٣٠٤ .

الزنى

٨٨- تمهيد : الجريمة وعقوبتها :

لا تعرف النظم الجنائية المعاصرة بصفة عامة العقاب على الزنى إذا ما تم برضاء الرجل والمرأة ؛ إذ تعتبر العلاقة الجنسية بين طرفين راضيين بها فى نظر هذه النظم علاقة شخصية بحتة لا يتدخل القانون فيها . وتعاقب معظم هذه النظم الوضعية على الزنى إذا وقع من رجل أو امرأة فى أثناء ارتباطهما بزواج صحيح فى نظر القانون (مع إشتراط شروط أخرى أحياناً) . والعقاب فى هذه الحالة الأخيرة ليس على الزنى باعتباره فعلاً مجّرماً لذاته ؛ وإنما باعتباره فعلاً مجرماً لتضمنه إعتداء على حرمة العلاقة الزوجية ، ومن ثم فإنه إذا رضى الطرف الآخر الزوج أو الزوجة بارتكاب شريكه للزنى توقف القانون عن التعرض له ولم يعد ثمة عقوبة عليه .

أما الشريعة الإسلامية فهى لا تبيح العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة إلا فى نطاق الزواج الشرعى الصحيح ؛ فهو وحده الذى يبيح اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً جنسيًّا ، فإذا وقع مثل هذا الاتصال خارج نطاق العلاقة الزوجية كان زنىً يعاقب عليه فى ظل أحكام الشريعة ، سواء أرضى الطرفان به ، أم كان أحدهما مكرهاً والآخر راضياً ، وسواء أكانا متزوجين أو غير متزوجين . على أن العقوبة فى الشريعة الإسلامية تختلف فى حالة زنى المتزوج (المحصن) عن العقوبة فى حالة زنى غير المتزوج (غير المحصن) على ما سوف يأتى بيانه .

وتختلف المذاهب الفقهية الإسلامية فى تعريف الزنى ، ومن أفضل تعريفاته فى نظرنا تعريف الأحناف حيث عرفوه بأنه وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك[٩٦] وعلى اختلاف التعريفات التى وضعها الفقهاء للزنا فإنها جميعاً تتفق على أن العنصر الرئيسى فى هذه الجريمة هو وطء الرجل المرأة ، ومن ثم فأى علاقة بين رجل وامرأة لا تتضمن هذا العنصر (الوطء) لا تعتبر زنىً مما يعاقب عليه بعقوبة الحد ، وإن كانت تعتبر معصية محرمة شرعاً يجب فيها التعزير للفاعل[٩٧] .

وعقوبة الزنى منصوص عليها فى القرآن الكريم حيث يقول الله تعالى فى سورة النور : « الزانية

---

(٩٦) بدائع الصنائع للعلامة الكاسانى ، جـ٧ ص ٣٣ وما بعدها وراجع لتعريفات المذاهب الأخرى : التشريع الجنائى الإسلامى ، جـ٢ ص ٣٤٩ .

(٩٧) فتح القدير للكمال بن الهمام ، جـ ٤ ص ١٥٠ .

والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ، ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » النور – ٢ .

وهذه الآية هى آخر ما نزل من القرآن فى عقاب الزناة . وقد كان عقابهم قبلها مقرراً بنص الآيتين الكريمتين من سورة النساء : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا . واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ، إن الله كان تواباً رحيماً » النساء ١٥ – ١٦ .

فعلى حكم هاتين الآيتين كان عقاب الزانية حبسها فى بيت أهلها حتى تموت ، أو حتى ينزل الله حكماً جديداً فى شأن الزناة وكان عقاب الزانى الإيذاء (تعييراً وضرباً بالنعال) فإن تاب بعد ذلك وأصلح عمله وسيرته ترك وشأنه (٩٨) .

فلما نزلت آية سورة النور نسخت العقوبة التى قررتها آيتا سورة النساء فلم تعد قابلة للتطبيق بعدها على ما يراه جمهور الفقهاء والمفسرين . على حين يذهب مجاهد تلميذ ابن عباس إلى بقائها مقررة فى حق الذين يأتون من الرجال والنساء جريمة الشذوذ الجنسى (٩٩) ، ومن ذلك يبدو واضحا أن عقوبة الزنى كانت أول الأمر عقوبة تعزيرية ، ثم نسخت ، لتصبح الجريمة من جرائم الحدود وعقوبتها حدًّا مقرراً بنص القرآن الكريم .

ويتفق فقهاء جميع المذاهب الإسلامية على اعتبار جريمة الزنى ذات حد مقدر ، وأن الحد يختلف باختلاف حالة الزانى أو الزانية ، وهل أحدهما محصن (متزوج) أو غير محصن (غير متزوج) ؟

فإن كان مرتكب الجريمة محصناً فالعقوبة التى قررتها الشريعة فى حقه ليست هى العقوبة التى ذكرناها آنفا ؛ وإنما هى ما قررته السنة من أنه يرجم بالحجارة حتى الموت ، وبهذا تبقى العقوبة الواردة فى القرآن الكريم خاصة بغير المحصن من الزناة ، فيكون عقابه مائة جلدة . وقد ظل هذا الاتفاق بين الفقهاء قائماً على الرغم من إنكار بعض الخوارج ممن ينتمون إلى فرقة الأزارقة شرعية الرجم – حتى حاول بعض المعاصرين أن ينفى أساس اعتبار الرجم عقوبة مشروعة للزانى المحصن زاعماً أنها نسخت بنزول آية سورة النور التى أشرنا إليها آنفاً .

فأما وجهة نظر الأزارقة ، من الخوارج فإننا لم نجد لها فيما اطلعنا عليه من الكتب تعليلاً أو سنداً

---

(٩٨) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، جـ ١ ص ٤٦٢ وسيد قطب ، رحمه الله ، فى ظلال القرآن جـ ١٨ ص ٥٧ – ٥٨ (من الطبعة الخامسة سنة ١٩٦٧ .)

(٩٩) تفسير ابن كثير ، الموضع السابق : ولعل هذا الرأى هو أقرب الآراء فى عقاب الشذوذ الجنسى إلى الصواب وقد نقل مثله عن أبى مسلم الأصفهانى ، الشيخ محمود شلتوت فى كتابه (الإسلام عقيدة وشريعة) ص ٣٠٢ . وهو يشير إلى تفسير الفخر الرازى كمصدر لذلك .

يمكننا معه مناقشتها . وقد ردّ عليهم إجمالاً فى دعواهم بعض فقهاء الأباضية – الذين يعدهم الجمهور من الخوارج كذلك – فبينوا أن عقوبة الرجم مشروعة بسنة الرسول ﷺ ، ورموا الأزارقة القائلين بغير ذلك بالكفر والخروج من الدين .(١٠٠) وأما المعاصرون الذين أنكروا عقوبة الرجم فنناقش حججهم فيما يلى فى فقرتين نخصص أولاهما لدعوى النسخ والرد عليها ، والأخرى لدعوى اتحاد العقوبة فى الزنى بين المحصن وغير المحصن ، وهى الدعوى التى تبناها المستشار على على منصور فوضع مشروعى قانونين لعقوبة الزنى فى أثناء ، رئاسته للجنة تعديل القوانين الليبية : أحدهما فيه العقوبة واحدة للمحصن وغير المحصن ، وهى الجلد مائة جلدة ، وبه أخذت الحكومة الليبية ؛ والآخر فيه التمييز بين المحصن وغير المحصن ، وهو لم يصدر . وفى ثنايا ردنا على رأى المستشار على منصور يأتى الرد أيضاً على حجج بعض العلماء المعاصرين التى استند هو إليها ، وبنى رأيه عليها .

٨٩– دعوى النسخ والرد عليها :

صاحب هذه الدعوى هو الكاتب المعاصر محمد عزة دروزة ، وقد أوردها فى كتاب له سماه «الدستور القرآنى فى شئون الحياة» (١٠١) وقبل أن نناقش الحجج التى ساقها صاحب هذه الدعوى تأييداً لها نقرر أن عقوبة الزانى المحصن مقررة فى الشريعة الإسلامية بناء على سنة الرسول ﷺ : حيث طبقها فعلاً ، وبيّن بقوله أنها العقوبة التى قررها الشارع سبحانه وتعالى لمن كان محصناً من الزناة . وقد نقلنا من قبل قول الإمام الشافعى فى الرسالة «وقد افترض الله فى كتابه طاعة رسوله ، فمن قبل عن رسول الله ، فبفرض الله قبل» .

وقد روى البخارى ومسلم – وغيرهما من المحدثين – عن عمر بن الخطاب أن آية نزلت مقررة لعقوبة الزنى ثم نسخ لفظها ، وبقى حكمها . ورووا قول عمر بن الخطاب «لولا أن يقول الناس إن عمر زاد فى كتاب الله لأثبتُّها فيه»(١٠٢) وجمهور العلماء على أن هذه الآية مما نسخ لفظه وبقى حكمه .(١٠٣) ولسنا هنا بصدد مناقشة مدى جواز بقاء الحكم مع نسخ اللفظ ولا فى صدد مناقشة

---

(١٠٠) المدونة فى فقه الأباضية لأبى غانم بشر بن غانم ، ورقة ٢٦١ . وأيضاً الإنصاف ، فى أصول الفقه الأباضى للوارجلانى ، مخطوط ، ورقة ٧٣ من المجلد الثالث .

(١٠١) طبع فى القاهرة سنة ١٩٥٦ ، وأعيد طبعه بعد ذلك مرتين . ودعواه التى ناقشها هنا أوردها فى الصفحات ١٩٣ – ١٩٧ من طبعة ١٩٥٦ المشار إليها .

(١٠٢) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، المصدر السابق ، جـ٢ ص ١٨٦ .

(١٠٣) السيوطى ، الإتقان ، جـ ٢ ص ٢٥ .

أقوال العلماء فى متن الحديث وسنده ، وإنما الذى يعنينا أن الرجم باعتباره عقوبة للزانى المحصن قد تقرر بالسنة وليس بنص القرآن ، وبيان ذلك من السنة الفعلية والقولية ما يأتى :

أولاً : روى الإمام أحمد فى مسنده ، وأخرج مسلم فى صحيحه عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «خذوا عنى ، خذواعنى ، قد جعل الله لهن سبيلاً . البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالتثيب جلد مائة والرجم (بالحجارة)[١٠٤] .

ثانياً : حديث العسيف وقد أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما وفيه أن الرسول ﷺ قضى على الرجل وكان غير محصن بجلد مائة وتغريب عام . وعلى المرأة وكانت محصنة بالرجم وقد رجمها بأمره – ﷺ – أنيس بن الضحاك الأسلمى رضى الله عنه[١٠٥] بعد أن اعترفت على نفسها بالزنى .

ثالثاً :قوله ﷺ فى الحديث الصحيح «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والمارق من الدين التارك للجماعة»[١٠٦] .

رابعاً : حديث ماعز وقد أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما ، وفيه أن رسول الله ﷺ بعد أن تيقن من ارتكابه الزنى وكان محصناً أمر به فرجم .

خامساً : حديث الغامدية وقد رواه الإمام مسلم وغيره ، وفيه أن رسول الله أجّلها حتى وضعت ولدها ، وفى بعض الروايات حتى فطمته ، ثم أمر بها فرجمت .

سادساً : حديث اليهوديين ، وفيه أن رسول الله رجمهما بعد أن بين لهما أن الحكم هو الرجم وثبت أنه كذلك فى التوراة .[١٠٧] .

وبناء على هذه الأحاديث – وكلها صحيحة – قلنا : إن الرجم عقوبة ثابتة فى الشريعة الإسلامية بسنة رسول الله ﷺ . واحتج من رأى نسخ هذه العقوبة بالحجج الآتية :

١ – إن نسخ اللفظ وبقاء الحكم فى بعض الآيات القرآنية أمر مختلف فيه ، ومن ثم فلا يجوز بناء الأحكام على آية نسخ لفظها وإن قيل ببقاء حكمها .

وردنا على هذه الحجة هو أنها لم تكن قط المستند الوحيد للقائلين بالرجم ، وهم جمهور المسلمين ؛ وإنما تساق – حين تذكر – مساق الشاهد الذى يعضِّدُ غيره من الأدلة ، ولا يكفى وحده

---

(١٠٤) مشكاة المصابيح ، جـ ٢ ص ٢٢٨ ؛ واللؤلؤ والمرجان ، الموضع السابق (هامش) واللفظ هنا لمسلم إلا الزيادة الأخيرة بين القوسين فلأحمد .

(١٠٥) مشكاة المصابيح ، الموضع السابق ص ٢٨٧ . وانظر فى تحقيق اسم الصحابى : النووى على مسلم جـ ١١ ص ٢٠٧ .

(١٠٦) اللؤلؤ والمرجان ، جـ ٢ ص ١٨١ وقد روى الحديث بألفاظ كثيرة وكلها تجمع على الأسباب الثلاثة . وقد تعرضنا لأقوال بعض العلماء فى تفسير الحديث فى بحثنا للردة .

(١٠٧) انظر فى الأحاديث الثلاثة المتقدمة : مشكاة المصابيح ، جـ ٢ ص ٢٨٨ – ٢٩٠ .

لبيان الحكم والدلالة عليه . وأدنى مراتب هذه الرواية أنها تثبت أن رأى عمر بن الخطاب ومن حضره من الصحابة كان وجوب الرجم ، وأنه جزء من النظام الجنائى الإسلامى ، ورأى الصحابى من مصادر التشريع – على الأقل نظر بعض الفقهاء – فلا بأس من إيرادها لهذا البيان .

٢ – يذهب الكاتب إلى أنه من المحتمل أن الرسول ﷺ لما رجم اليهوديين (اللذين أشرنا إلى حديثهما من قبل) وعلم أن الرجم هو حكم التوراة فى الزنى طبقه على المسلمين حيث لم يكن لديه وحى يبين حكم الزنى فى شريعة الإسلام .

وهذه الحجة مجرد احتمال قام فى ذهن صاحبها فأورده ؛ ليستدل به على دعواه . والاحتمالات – أولا – لا يثبت بها الاستدلال لا نفياً ولا إثباتاً . وفهم الأمر – ثانياً – بهذه الصورة يجعل الرسول ﷺ مشرعاً بهواه غير ملتزم أمر ربه . وهذا خلاف سلوكه الذى أثبته له القرآن «وما ينطق عن الهوى» . ويكفى هنا أن نشير إلى قصتى الظهار وحديث الإفك وفى كل منهما انتظر رسول الله ﷺ الوحى قريباً من شهر . ولو كان الأمر بهذه السهولة : كلّما لم يجد فى الوحى حكما لجأ إلى شريعة اليهود لما انتظر رسول الله الوحى قط ، ولما كان لقول الله تعالى (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً) المائدة – ٤٨ . معنى ولا قيمة .

٣ – من المحتمل كذلك – عند صاحب دعوى النسخ – أن الرجم كان مقرراً بنص القرآن كما فى حديث عمر بن الخطاب ثم نسخ بسورة النور .

ومرة ثانية : هذا مجرد احتمال وهو بين الوهن ؛ إذ من البعيد غاية البعد أن ينسخ حكم الرجم دون أن يعرف هذا النسخ أى صحابى على الإطلاق . ويكفى إثباتاً لعدم علم الصحابة بمثل هذا النسخ المتوهم أن أحداً منهم لم يرد على عمر قوله الذى قاله فى شأن الرجم . وأن الرجم عملاً قد وقع من عدد منهم عقوبة للزانى المحصن قبل قول عمر وبعده .

وتتبع مثل هذه الاحتمالات يفتح الباب – فى واقع الأمر – لا دعاء نسخ الشريعة كلها ما دام كل إنسان يمكنه ادعاء نسخ حكم لم يعلم بنسخه أحد من الصحابة !

٤ – أما الحجة الرابعة والأخيرة فهى ما رواه البخارى ومسلم عن ابن أبى أوفى أنه سُئل : متى رجم رسول الله ﷺ : قبل سورة النور أم بعدها ؟ فأجاب ابن أبى أوفى بأنه لا يدرى . ونحن أيضاً لا ندرى ما وجه الحجة فى هذا الأثر ؟ فالرجل المسئول يجيب بأنه لا يدرى ! وليس من شىء يمكن استنتاجه من مثل هذه الإجابة إلا عدم علم صاحبها بالواقعة التى يُسأل عنها . فكيف يتحول عدم العلم هذا إلى دليل على نسخ الحكم التشريعى الثابت بالسنة الصحيحة ؟ ولو قال ابن أبى أوفى ! إن رجم رسول الله ﷺ كان قبل سورة النور لما عارض هذا ما هو مقرر شرعاً من جعل الجلد عقوبة غير

المحصن والرجم عقوبة المحصن ؛ لأن النسخ لا يثبت إلا بنقل صريح يدل عليه ، فما بالك وهو لم يقل ؟

ومن جهة أخرى فإنه قد ثبت بالدليل الواضح أن الرجم إنما وقع بعد نزول سورة النور : ذلك أن من رواته (أبو هريرة) ولم يأت المدينة إلا سنة سبع من الهجرة . وابن عباس وقد جاء إلى المدينة مع أمه سنة تسع . وسورة النور نزلت سنة أربع أو خمس أو ست – على اختلاف الروايات – وبذلك فإن حديث ابن أبي أوفى لادلالة فيه . ومالم يعلمه هو – أو الراوى عنه – علمناه من تتبع الروايات فى حد الرجم ، وفى نزول سورة النور . (١٠٨) .

وبذلك نكون قد انتهينا من بيان بطلان دعوى النسخ ، وأن الحكم الوارد فى السنة الصحيحة مُحْكَمٌ غير منسوخ .

٩٠ – دعوى اتحاد العقوبة للمحصن وغير المحصن :

ناقشنا فى الفقرة السابقة دعوى نسخ عقوبة الرجم ، وبينا عدم صحتها . ولذلك فلن نعرض هنا فى مناقشتنا لدعوى اتحاد العقوبة لأى من الحجج التى ساقها صاحبها متعلقة بنسخ عقوبة الرجم ؛ وإنما سنناقش الحجج الأخرى التى أوردها للتدليل على أن العقوبة المقررة فى الزنى هى الجلد فقط سواء أكان الزانى محصناً أم غير محصن . (١٠٩) .

فأول الحجج التى ساقها المستشار على منصور لتأييد رأيه هى أن السنة لا تنسخ القرآن . فلو كانت أحاديث الرجم ثابتة عن رسول الله ﷺ لكانت ناسخة للقرآن ، وهو لا يجوز عند بعض الأصوليين . واستدلوا بحديث «إذا روى عنى حديث فاعرضوه على كتاب الله فما وافقه فاقبلوه وما خالفه فردوه» والرجم هنا شىء آخر غير الجلد ومخالف له كل المخالفة . ونفوا الإجماع المدعى على الصحابة وقالوا : إن خبر الواحد الذى يرويه واحد عن النبى ﷺ يحتمل الكذب . والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال . وفى إثبات هذا الرأى ونسبته إلى أصحابه قال المستشار على منصور :

«ورد ذلك عن الإمام الغزالى فى كتابه المستصفى جـ ٢ ص ٣٠ وعن الآمدى فى كتابه الأحكام جـ ٣ ص ٤٧٥ إلى ٤٧٧ . . . . والشوكانى فى كتاب إرشاد الفحول ص ٣١٦٠» .

---

(١٠٨) انظر فى هذا المعنى تعليق المرحوم الأستاذ محمد فؤاد عبد الباقى على هذا الحديث فى اللؤلؤ والمرجان ، جـ ٢ ص ١٨٨ (الحديث رقم ١١٠٥) .

(١٠٩) سنعرض هذه الحجج باختصار ، وبألفاظ صاحبها ما أمكن . وقد عدلنا عن ذكرها بنصها ؛ لأن صاحبها بالغ فى تطويل الكلام وتكراره وأكثر من النقول فى المعنى الواحد بل وباللفظ الواحد أحيانا . فكان تتبع ألفاظه ومنهجه غير مجد فيا قصدنا إليه من ردّ حججه . فاقتصرنا على مايؤدى مانريد . ونحيل من أراد الاطلاع على ألفاظه بنصها إلى كتابه السابقة الإشارة إليه ص ١٧٠ – ١٨٣ .

وردنا على هذه الحجة من وجوه :

الوجه الأول : أن الحديث الذى ذكره فى سياقها المستشار على منصور حديث موضوع . نقل ذلك الشيخ العجلونى فى كتابه كشف الخفاء عن الحافظ الصغانى [١١٠] وقد قال أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى : إن دليل الوضع فى هذا الحديث موجود فى لفظه . فإن لفظه معارض للقرآن . فيقال لمن يحتج به : إنا عرضنا حديثك على القرآن فوجدناه يرده ؛ لأنه أمرنا بالتأسى بالرسول واتباع أمره دون أن يقيد ذلك بشىء فلا حجة فى هذا الحديث .

الوجه الثانى : أنه من الخطأ القول بأن أحاديث الرجم ناسخة لنص الجلد فى القرآن الكريم ؛ وإنما هذه الأحاديث مخصصة لعموم الآية ، وهو من البيان الذى أمر به رسول الله ﷺ ، وليس فى هذه الأحاديث نسخ لحكم الجلد ؛ وإنما مقتضاها تخصيص عمومه بإثبات الرجم عقوبة لمن كان محصناً من الزناة . فكل حجة سيقت لبيان عدم جواز نسخ القرآن بالنسبة فلا حجة فيها أيضاً .

الوجه الثالث : نفى إجماع الصحابة على الرجم لا يثبت ولا يقبل إلا إذا نقل إلينا النافون ما يثبت أن صحابيًّا واحداً على الأقل قال بعدم ثبوت أو بنسخ الرجم . وهذا مالا يمكنهم وجوده بحال فى المروى عن الصحابة رضى الله عنهم .

الوجه الرابع : القول بأن خبر الواحد يحتمل الكذب ، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال : هذا الكلام يصدق عليه ما قاله على بن أبى طالب رضى الله عنه للخوارج «كلمة حق أريد بها باطل !» :

فإن الاحتمال يدخل خبر الواحد إذا تطرق إليك شك من جهة أمانة الرواة أو عدالتهم أو الثقة فيما رووه . فأين هذا – أو شىء منه – هنا ؟ فإذا كان المراد أن كل أخبار الآحاد يسقط بها الاستدلال فذلك لا يحتاج إلى مناقشة ؛ لأنه مساو لقول من أنكر حجية السنة كلها إلا المتواتر منها . والمسلمون كلهم على خلاف هذا القول – يقبلون ما صح سنده عن رسول الله ﷺ ويعملون به . فإذا كان ما رواه البخارى ومسلم من أخبار الآحاد يحتمل الكذب فمن أين نأخذ أخبار الآحاد التى نعمل بها ؟ وفى أى كتاب أوثق من كتابيهما نجدها ؟

الوجه الخامس : راجعنا ما نسبه المستشار على منصور إلى الغزالى والآمدى والشوكانى ، فوجدنا الغزالى والشوكانى يبحثان فى تخصيص الكتاب بالسنة ، ويثبتان جواز ذلك ولا ينفيانه . وليس فى

(١١٠) كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس ، جـ ١ ص ٨٦ (الحديث رقم ٢٢٠) من الطبعة الثالثة (مصورة ببيروت) .

كلام أى منها إشارة من قريب أو بعيد إلى موضوع البحث هنا (١١١) بل يقول الشوكانى (١١٢) فى إثبات الزيادة على لفظ القرآن ، بخبر الواحد : «والحق القبول لأنها زيادة غير منافية للمزيد فكانت مقبولة ، ودعوى أنها ناسخة ممنوعة ، وهكذا إذا ورد الخبر مخصصاً للعام من كتاب أو سنة فإنه مقبول ويبنى العام على الخاص» .

أما الآمدى فى كتابه الإحكام فى أصول الأحكام فإنه يذكر رأى الذين يقولون بعدم جواز تخصيص العام من الكتاب – بالسنة ، ويرده فى خصوص أدلة إثبات الرجم ، خلافاً لما يوهمه ما ذكره المستشار على منصور فى استدلاله على خلاف ذلك . (١١٣) .

والحجة الثانية للمستشار على منصور هى أنه سمع شخصياًّ من الأستاذ الشيخ على الخفيف فى ندوة التشريع الإسلامى التى انعقدت بالبيضاء (فى ليبيا) سنة ١٩٧٢ (فى ٦ من مايو) أنه يرى عدم الرجم . وأن (الشيخ عبد الوهاب خلاف) عدّد فى محاضرة له جرائم الحدود والعقوبة المقررة لكل منها فقال «أما الزنى فهو جريمة فى معنى القتل وعقوبتها الجلد مائة جلدة» (ص ١٧٣ من كتاب المستشار على منصور) .

ولسنا ندرى ما هى دلالة ما يراه بعض العلماء المعاصرين رأياً لا يستند إلى حجة ولا يقوم على دليل ، والمقرر فى الفقه الإسلامى أنه لا عبرة بقول لا دليل عليه ، وأنه لابد للمجتهد أن يبيّن المصدر الذى يعتمد عليه فى اجتهاده من نص كتاب ، أو سنة أو إجماع المسلمين ؟ فأين شىء من هذا كله فى رأى الشيخين على الخفيف وعبد الوهاب خلاف ؟

والحجة الثالثة على رأى المستشار على منصور نصٌّ خطاب أرسله إليه المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة بيّن فيه أنه يرى «أن عقوبة الرجم غير ثابتة ، وأنه لا يميل إلى الأخذ بعقوبة الرجم للشبهات التى أثيرت حول إثباتها ولقسوتها . وأهم ما فى حجج المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة على ما أثبته المستشار على منصور (ص ١٨١ – ١٨٢) أن أحاديث الرجم غير متواترة ، وأن الرجم أشد العقوبات قسوة ، فكان لابد أن يثبت بالقرآن أو السنة المتواترة» .

والرد على طلب التواتر فى سنن الأحكام هو ذاته الرد على من رفض الأخذ بأحاديث الآحاد ،

---

(١١١) من الإنصاف أن نذكر أننا رجعنا إلى الطبعة الأولى من المستصفى (القاهرة ١٩٣٧) ص ٢٨ – ٣٠ من الجزء الثانى . والطبعة الأولى من إرشاد الفحول (القاهرة ١٩٣٧) ص ١٥٧ – ١٦٠ . ولم يذكر المستشار على منصور الطبعة التى راجعها من الكتابين فإن كان ما نقله فى طبعة أخرى فإنا نرجو أن يدلنا عليها لنرجع إليه .

(١١٢) ص ٥٦ من الطبعة الأولى سنة ١٩٣٧ بالقاهرة .

(١١٣) رجعنا من كتاب الآمدى إلى الطبعة الصادرة عن مؤسسة الحلبى سنة ١٩٦٨ بالقاهرة ، جـ ٣ ص ١٣٩ – ١٤٠ . وهو يقول بعد أن ذكر من أجاز نسخ القرآن بالسنة «والمختار جوازه عقلاً» .

وقد قدمناه ؛ أما عدم ثبوت حكم الرجم فى القرآن الكريم فإنه لا دلالة فيه ما دام أنه ليس هناك مطعن فى الأحاديث المثبتة له .

وللشيخ أبو زهرة رحمه الله كتابان فى الجريمة والعقوبة أثبت فيهما الرجم عقوبة للزانى المحصن ، وأورد فى أحدهما كل ما نقله عنه المستشار على منصور فى كتابه السالف الذكر ، وانتهى من مناقشة هذه الحجج إلى ردها كلها وتقرير بقاء عقوبة الرجم للزانى المحصن (١١٤) فهل رجع الشيخ عن رأيه هذا ، أو فهم المستشار على منصور من إيراده حجج من قال بنسخ عقوبة الرجم أنه يرى مثل رأيه ؟ ذلك مالم يبينه المستشار على منصور وقد كان يجب عليه بيانه . وخاصة أن كتاب الشيخ أبو زهرة مطبوع ومتداول ومعروف .

والحجة الرابعة للمستشار على منصور هى رأى الأستاذ مصطفى الزرقاء الذى بعث إلى المستشار على منصور بخطاب خلاصته أنه : «يرى مجالاً كبيراً لاحتمال أن يكون الرسول ﷺ قد أمر بالرجم فى تلك الحوادث الثابتة على سبيل التعزير لا على سبيل الحد . . . وعندئذ يمكن أن يقال فى أمر الرجم ما يقال فى كل تعزير من أنه مفوض إلى ولى الأمر بحسب ما يرى من المصلحة : فإن شاء طبقه ، وإن شاء اكتفى بالجلد الذى هو وحده الحد ، وإن شاء جمعهما حدًّا وتعزيراً . . . » (ص ١٨٢ – ١٨٣ من كتاب المستشار على منصور) .

والرد على هذه الحجة أنه لابد لنقل عقوبة الرجم من نطاق عقوبات الحدود إلى نطاق عقوبات التعزير من قرائن تحف بالأدلة المثبتة لها وتصرف المراد منها من إيجاب توقيعها إلى جواز هذا التوقيع . وقد وجدنا مثل هذه القرائن فى أحاديث شرب الخمر والعقاب عليه ، وحديث الأمر بقتل المرتد فقلنا : إنها عقوبات تعزيرية . أما فى الرجم فأين مثل هذه القرائن ؟ إننا نحسب أنه على خلاف ذلك قامت القرائن بتطبيق الرسول لهذه العقوبة أكثر من مرة ، وبأمره بها بلفظ : (قد جعل الله لهن سبيلاً) وفى إباحته قتل المسلم إذا كان محصناً وزنى .

وهكذا لا نرى فى رأى أىّ من العالمين الجليلين الشيخ محمد أبو زهرة والأستاذ مصطفى الزرقاء ما يؤيد قول من قال : إن عقوبة الزانى هى الجلد للمحصن وغير المحصن .

وقد أعرضنا عن الرد على حجج أخرى أوردها المستشار على منصور فى كتابه ؛ لأنها بينة الضعف ، أو لأنها نُقُول لم يحالفه التوفيق فى الاستدلال بها ، وكان أهم حججه ما أوردناه . وكلها لا حجة فيها . ولذلك فإننا نرى – كما يرى جمهور المسلمين – أن الرجم هو العقوبة المقررة فى

(١١٤) العقوبة للشيخ محمد أبوزهرة ، ط القاهرة ١٩٧٤ ، ص ١٠٤ – ١١٤ .

الشريعة الإسلامية للزانى المحصن ، وأن الجلد الوارد النص عليه فى القرآن الكريم خاص بالزانى غير المحصن .

٩٠ – التمييز بين المحصن وغير المحصن :

قدمنا أن العقوبة المقررة فى الإسلام للزنى تختلف باختلاف حال الزانى وهل هو محصن أو غير محصن ، وشروط الإحصان كثيرة ، غير أنه لا محل لمناقشتها تفصيلاً هنا ويكفى أن نعرف أن الزواج هو أهم تلك الشروط . (١١٥) .

ومع اتفاق الفقهاء على هذه التفرقة بين المحصن وغير المحصن فإنهم مختلفون حول مسألتين متصلتين بهذه التفرقة : أولاهما هى جلد الزانى المحصن قبل رجمه ، والأخرى هى نفى الزانى غير المحصن بعد جلده .

وقد ذهب الأحناف والمالكية والشافعية (والحنابلة فى رواية) إلى أن الجلد قبل الرجم منسوخ بدليل أنه لم يرد فى الأحاديث التى أمر فيها رسول الله ﷺ بالرجم الأمر بالجلد معه . (١١٦) .

ورأى الحنابلة (فى رواية أخرى عندهم) والظاهرية والزيدية أن المحصن يجب أن يجلد مائة جلدة قبل رجمه استناداً إلى ظاهر الحديث الذى أشرنا إليه سابقاً ، والراجح من هذين القولين هو ما ذهب إليه الأحناف ومن وافقهم . وقد فصل الإمام الشافعى القول فيه فى كتابه الرسالة (١١٧) .

وقد اتفقت المذاهب الإسلامية عدا مذهب الأحناف على اعتبار عقوبة الزانى غير المحصن ذات شقين : أحدهما الجلد مائة ، والآخر النفى سنة (١١٨) والأمر الذى يجب التنبيه إليه هنا هو أن النفى كما قررناه فى دراستنا لجريمة الحرابة وعقوبتها – يعنى السجن أو الحبس ، ولا يشترط أن يكون نفياً حقيقة من مكان إلى مكان .

والتمييز بين الزانى المحصن والزانى غير المحصن على أى حال قائم على الأساس الأخلاقى الذى بنيت عليه عقوبة الزنى بصفة عامة والذى سنتحدث عنه بعد قليل . وقائم كذلك على اعتبار عملى ، هو كون المحصن – أى المتزوج – فى غير حاجة إلى ارتكاب جريمة الزنى وقد أغناه الزواج عنها .

---

(١١٥) لتفصيل هذه الشروط راجع التشريع الجنائى الإسلامى ، جـ٢ ص ٣٩٠ – ٣٩٤ .

(١١٦) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ص ٣٩ ، ابن جزى ، القوانين الفقهية (فى فقه مالك) ص ٣٨٤ ، والإمام الشافعى ، الأم ، جـ٦ ص ١١٩ .

(١١٧) منار السبيل لابن ضويان ، جـ٢ ص ٣٦٦ ، المحلى جـ١١ ص ٢٣٤ ، الروض النضير جـ٤ ص ٤٨١ ، الرسالة للشافعى ص ١٣٠ , ٢٤٥ .

(١١٨) المراجع السالفة الذكر .

ومن ثم فإن عقوبته حين يرتكبها لابد أن تكون أقسى وأشد من عقوبة غير المحصن الذى قد يلتمس له نوع من العذر المخفف لعقوبته فى عدم زواجه . وهذا التمييز مفهوم عقلاً ومقبول منطقاً على أن المسألة التى يجب أن نقف عندها قليلاً هنا هى كون المرء يبقى محصناً ولو كان حين ارتكاب الجريمة غير ذى زوج : بمعنى أن حالة الإحصان تستمر مفترضة فى الشخص بمجرد أن يكون زوجا فى نكاح صحيح أو بتعبير الفقهاء «المحصن هو من جامع فى نكاح صحيح ولو مرة» (١١٩).

ومعنى هذا أنه لو ماتت زوجة الرجل أو زوج المرأة أو طلقا فإنهما يعتبران محصنين إلى الأبد ولو لم يعد أحدهما إلى زواج بعد ذلك قط .

فإذا كان أساس التمييز بين المحصن وغير المحصن هو كون الأول قادراً باعتباره متزوجاً على أن يقضى شهوته بطريق شرعه الله وهو الزواج ، والآخر غير قادر على ذلك فإنه لابد من إعادة النظر فى كلام الفقهاء حول هذا الشرط واستمراره بجماع ولو مرة .

أما إذا كانت التفرقة بين الشخصين قائمة على مجرد كون أحدهما تزوج والآخر لم يسبق له الزواج فإن كلام الفقهاء يبقى صحيحاً ، وإن كانت التفرقة على هذا النحو لا يمكننا فهم أساسها المنطقى .

وللإمام محمد عبده رأى فى هذه المسألة ، أورده تلميذه السيد محمد رشيد رضا فى تفسير المنار فقال : «إن المحصنة بالزواج هى التى لها زوج يحصنها ، فإذا فارقها لا تسمى محصنة بالزواج ؛ كما أنها لا تسمى متزوجة . كذلك المسافر إذا عاد من سفره لا يسمى مسافراً ، والمريض إذا برئ لا يسمى مريضاً . وقد قال بعض الذين خصوا المحصنات هنا بالأبكار : ولعمرى إن البكارة حصن منيع لا تتعدى صاحبته لهدمه بغير حقه ، وهى على سلامة فطرتها وحيائها وعدم ممارستها للرجال . وما حقه إلا أن يستبدل به حصن الزوجية ، ولكن ما بال الثيب التى فقدت كلا الحصنين تعاقب أشد العقوبتين ، إذ حكموا عليها بالرجم ؟ هل يعدون الزواج السابق محصناً لها ، وما هو إلا إزالة لحصن البكارة وتعويد لها لممارسة الرجال ، فالمعقول الموافق للفطرة هو أن يكون عقاب الثيب التى تأتى الفاحشة دون عقاب المتزوجة ، وكذا دون عقاب البكر ، أو مثله فى الأشد» (١٢٠) .

وقد أيد هذا الرأى بعد أن نقل النص ذاته عن الإمام محمد عبده الأستاذ الشيخ أبو زهرة مشيراً إلى أنه ليس هناك نص يمنع من الأخذ به ، ولا نص يثبت توقيع العقوبة المشددة على من ليس متزوجاً حال ارتكابه الزنى . وكأنه — رحمه الله — يعنى بذلك أن جميع الحالات التى وقع فيها حد

(١١٩) حاشية سعدى جلبى على العناية ، من كتب الأحناف ، مطبوع على هامش فتح القدير جـ ٤ ص ١٣٠ .
(١٢٠) تفسير المنار ، جـ ٥ ص ٢٥ (طـ القاهرة بدون تاريخ) .

الرجم زمن الرسول ﷺ كانت حالات ارتكاب للجريمة من أشخاص زواجهم – وقت ارتكابها – قائمٌ صحيح (٢١) .

٩٢ – لماذا تعاقب الشريعة الإسلامية على الزنى ؟ :

إن النظام الجنائى الإسلامى هو النظام القانونى الوحيد بين النظم القانونية المعروفة للعالم المعاصر الذى يعاقب على الزنى مجرداً عن أى اعتبار آخر ، وهو النظام القانونى الوحيد الذى لا يجعل لرضا الزانيين أثراً أيًّا ماكان فى العقوبة على فعلها . لقد كانت التوراة تعاقب على الزنى ، وتفرض عليه عقوبة الرجم كما هى مفروضة فى الشريعة الإسلامية . (١٢٢) . ولكن هذه العقوبة غير مطبقة الآن فى الشريعة اليهودية حتى فى إسرائيل حيث يزعمون قيام الدولة على أساس العقيدة الدينية لليهود . وليس هناك من يطالب بتطبيقها (١٢٣) على حين أن عقوبة الرجم للزانى المحصن لا تزال مطبقة فى بعض البلاد الإسلامية كالمملكة العربية السعودية ، ومازال ملايين المسلمين يعتقدون وجوب تطبيقها فى هذا العصر باعتبارها جزءاً من شريعتهم التى يؤمنون بصلاحيتها للتطبيق فى كل زمان ومكان .

والتفسير الوحيد لموقف الشريعة الإسلامية من جريمة الزنى هو قيام هذه الشريعة على أساس أخلاقى أولاً وقبل كل شىء . فالأعمال والتصرفات والأخلاق والمواقف توزن كلها فى ميزان هذه الشريعة مقابلة ببعدها أو قربها من المثل الأخلاقى العالى الذى أتى رسول الإسلام ليتم الاعتراف به ، ويكمل الناقص فيه : «إنما بعثت لأتمم حُسْنَ الأخلاق». ففى ظل مثل هذا النظام القانونى القائم قبل كل شىء لإقرار الأخلاق الفاضلة يكون أمراً غير طبيعى ألا نجد تشريعاته تهتم هذا الاهتمام بالعقاب على التصرفات المنافية للأخلاق الفاضلة . ومن جهة أخرى فإن الزنى يتضمن اعتداء على نظام الأسرة وهو حجر الزاوية فى إقامة النظام الاجتماعى الإسلامى ، ومن ثم فالاعتداء على المجتمع بالزنى يجب أن يعاقب عليه العقوبة الرادعة التى إن لم تمنع حدوثه تماماً فإنها تجعله فى أضيق نطاق ممكن .

وشيوع الزنى فى المجتمع أمر غير مرغوب فيه حتى لو كان عن طريق إعلان الناس بما يقع من جرائمه ، ومن ثم جعلت الشريعة الإسلامية إثبات الجريمة بطريقين اثنين هما الإقرار وشهادة أربعة رجال مسلمين عدول أنهم رأوا الفعل المكون للجريمة بكل تفاصيله ، واختلف فى الحمل – إذا كان

(١٢١) العقوبة ، المرجع السابق ، ص ١١١ – ١١٢ .

(١٢٢) انظر الموسوعة اليهودية تحت كلمة Adultery فى الجزء الأول وتحت كلمة Capital Punishment فى الجزء الثالث ، من طبعة لندن سنة ١٩١٠ .

(١٢٣) انظر فى هذا الخصوص رسالة للدكتوراه قدمت لجامعه كامبردج سنة ١٩٧٠ بعنوان .
The Religious Background to Israel's Criminal Law.

من امرأة ليس لها زوج – هل يثبت به الزنى أو لا ؟

وليس لهذا من سبب إلا رغبة الشريعة الإسلامية وحرصها على ألا تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا ، لا فعلاً ، ولا قولاً ، ولا سماعاً بها .

فإذا وقعت الجريمة فلا بد من أن يعلن العقاب على الملأ (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) حتى يتحقق للعقوبة أكبر قدر من قوة الردع العام ، ويكون لها أثرها على تخفيض احتمالات ارتكاب الجريمة مرة أخرى .

ويعترض بعضهم على عقوبة الزنى فى الشريعة الإسلامية بأنها تدخلٌ فى حرية الناس الشخصية وهى أمر لا علاقة للقانون به .

والجواب على هذا الاعتراض أن مفهوم الحرية الشخصية فى الشريعة الإسلامية – وعند المسلمين – مخالف لمفهومها عند الغربيين الذين يعترض المتأثرون بهم ؛ بمثل هذا الاعتراض : فمنذ الحرب العالمية الثانية تغيرت مفاهيم الشعوب الأوربية تغيراً كبيراً فيما يتعلق بالأخلاقيات والنظم الاجتماعية ، وقد كان لهذا التغير أسباب كثيرة اقتصادية وسياسية واجتماعية ، وكان له كذلك أثره فى القوانين الجنائية ومدى تدخلها فى العلاقات بين الأفراد .

أما المسلمون فإن تأثرهم بأوضاع معينة وتعرض بلادهم لتغيرات اجتماعية وسياسية واقتصادية وغيرها لا يؤثر على ما ثبت فى دينهم بنص عن الله تعالى أو عن رسوله ﷺ . نعم إن العرف مصدر معترف به من مصادر التشريع الإسلامى عند عدم وجود نص ، ولكنه لا عمل له – ولا ينبغى أن يكون له عمل – حين يوجد النص الصريح من القرآن أو السنة الصحيحة .

والحرية الشخصية أو الفردية فى نظرة الشريعة الإسلامية مكفولة خارج نطاق الأوامر والنواهى التى يقررها القرآن والسنة ، أما حيث يكون هناك أمر أو نهى فى أحد هذين المصدرين فإن المسلمين – والحكومات المسلمة – مقيدون بهذه الأوامر والنواهى لا يجوز لأحد تعديها إلا أن يكون عاصياً لله ورسوله محادًّا لهما يستوى فى ذلك وغيرُ المؤمن بهما .

وليس معروفا لدى غير المسلمين مثل هذا الإشراف والسيطرة على حياة الناس لسلطة أعلى خارجة عن نطاق السلطات البشرية . ومن هنا يستغرب هؤلاء مثل هذه الأحكام فى الشريعة الإسلامية على حين يتلقاها المسلمون راضين بها مسلِّمين : (صبغة الله ومن أحسن من الله صبغة ونحن له عابدون) .

٩٣ – ملاحظات على تقنين عقوبة الزنى :

أصدر مجلس قيادة الثورة فى ليبيا القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ الخاص بتطبيق عقوبة الزنى المقررة

فى الشريعة الإسلامية . وقد نشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية فى العدد ٤٣ بتاريخ ١١ من شوال ١٣٩٣ هـ الموافق ٦ من نوفبر ١٩٧٣ م .

وخصصت لجنة الأزهر الباب الرابع من مشروع قانون الحدود الشرعية للأحكام الخاصة بحد الزنى .

وأورد مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى المقدم من الدكتور إسماعيل معتوق المواد من ٢٦٧ – ٢٧٥ لجرائم الزنى والجرائم الأخرى المرتبطة به .

وقد أخذ القانون الليبى بوجهة النظر القائلة بأن الحد لجريمة الزنى هو الجلد للمحصن وغير المحصن على سواء . (م/٢ ف١) وأجاز تعزير الجانى بالإضافة إلى عقوبة الجلد بالحبس لمدة سنة .

وقد سبق أن ناقشنا مسألة اتحاد الحد بين المحصن وغير المحصن وبيّنا ما وسعنا البيان أنه لا حجة للرأى القائل بإهدار عقوبة الرجم ، لا فى قول من ذهب من المعاصرين إلى أنها عقوبة منسوخة ، ولا فى رأى من حاول الاجتهاد فى تفسيرها على أنها عقوبة تعزيرية ، ولا فى الرأى الذى يحاول التشكيك فى أدلة ثبوتها . ولا حجة – من باب أولى – فى رأى من قال : «إنى لا أرى الرجم» ولا من لم يذكره بين عقوبات الحدود ؛ لأنه لا حجة فى رأى بلا دليل أصلاً .

وعلى ذلك فإن رأينا فى منهج القانون الليبى واضح . وهذا القانون صحيح من وجهة النظر الإسلامية فيما يتعلق بعقاب غير المحصن ، باطل فى جعله الجلد هو العقوبة الوحيدة للزنى دون نظر إلى كون الجانى محصناً أو غير محصن .

وقد اعترت هذا القانون أوجهُ مخالفة أخرى للشريعة الإسلامية بيّنها وطلب تداركها بتعديل القانون قبل نشره المستشار على على منصور رئيس لجان مراجعة القوانين الليبية آن ذاك ، ولكنه لم يؤخذ برأيه ، وصدر القانون وفيه كل أوجه المخالفة التى طلب هو العدول عنها[١٢٤] . ولذلك فلن نعرض لتفصيل أوجه نقدنا لهذا القانون مكتفين فى هذا الخصوص بإعلان موافقتنا إجمالاً لما ذهب إليه واضع مشروعه فى انتقاده له ، اللهم إلا فى خصوص الأخذ بعقوبة الجلد دون الرجم .

أما مشروع لجنة الأزهر فقد نص فى مادته الأولى أن تعتبر اللواطة فى حكم الزنى (ف٢) ، وعلى الرغم من أن التسوية بين اللواطة والزنى فى العقوبة هو رأى العديد من فقهاء المذاهب الإسلامية فإن الرأى الراجح هو اعتبار اللواطة (أو الشذوذ الجنسى بعامة) جريمة تعزيرية يعاقب فاعلها بعقوبة

---

(١٢٤) أورد المستشار على على منصور نص مذكرة أرسلها إلى مجلس قيادة الثورة الليبى وفيها نقده للقانون فى كتابه السالف الذكر ، ص ٢٠٦ – ٢١١ . وسجل فى ص ٢٠٦ أنه برغم هذه المذكرة فقد نشر القانون وفيه أوجه النقص والمخالفة للشريعة التى أشار إليها فى مذكرته .

تعزيرية . وقد سبق من قبل أن قلنا : إن أقرب الآراء فى عقاب الشذوذ الجنسى إلى الصواب هو الرأى القائل بأن حكمها هو الوارد فى آيتى سورة النساء : (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم) الآيتين . ويتسق هذا الرأى ونتائجُ البحوث الطبية والنفسية الحديثة فى هذه المسألة والتى ترى فيها انحرافاً سلوكيًّا ينتج – عادة – عن مرض عضوى أو نفسىّ . وما كان شأنه كذلك كان أولى بعقوبة تعزيرية لما يتاح فى باب التعزير من تقدير ظروف الجانى ، وأحواله الطبية والنفسية ، وتقرير أوجه معاملته العقابية أو العلاجية بما يؤدى إلى برئه مما دفعه إلى ارتكاب الجريمة . [١٢٥] .

ونصت المادة الثانية من مشروع هذا القانون على أن إثبات جريمة الزنى «(١) بالإقرار أمام السلطة القضائية . . . (٢) بشهادة أربعة رجال عدول ، ويؤخذ عند الضرورة بشهادة غيرهم على النحو المبين فى المادة (٣) من الباب الأول . . . » .

وجواز إثبات الزنى بغير شهادة أربعة شهود ذكور عدول يخالف المستقر فى الفقه الإسلامى ، غير أنه فى المسائل الإجرائية قد يكون ثمة أسباب تدفع إلى ذلك . وموضع مناقشة هذه المسألة على كل حال هو الباب الأخير من هذه الدراسة والذى نخصصه لدراسة الإثبات فى المواد الجنائية .

وقد أخذ مشروع القانون بالصحيح من التفريق فى العقوبة بين الزانى المحصن – فيعاقب بالرجم – والزانى غير المحصن فيعاقب بالجلد . (م/ ٣ف ١و٢) .

وأما مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى فقد نصت المادة ٢٦٧ منه على أن «يعاقب بالإعدام رجما الثيب الزانى» . وعرفت المذكرة الإيضاحية للمشروع الثيب أو المحصن بأنه «هو المتزوج . فإننا لا نجد نصًّا صريحاً يقرر أن المرأة المطلقة تعتبر محصنة ، وكذلك الرجل الذى ماتت زوجته أو طلقها لا يعتبر محصناً» (ص ١٤ من المذكرة الإيضاحية للمشروع) .

وهذا الرأى هو رأى الإمام محمد عبده الذى سبقت لنا الإشارة إليه ، وقد نقلت المذكرة الإيضاحية فى الموضع ذاته بعض عبارته وإن لم تسندها إليه . وفى رأينا أن هذا الحكم – وإن خالف اجتهاد الفقهاء فى بعض المذاهب الإسلامية – يتفق مع الحكمة من تشديد العقاب على المحصن – على النحو الذى سبق أن بيّناه – ونلاحظ هنا أن مشروع قانون الأزهر قد سكت عن تعريف المحصن فى خصوص جريمة الزنى ، ولم يرد له تعريف فى مذكرته الإيضاحية . ونصوص هذا المشروع تترك للفقه والقضاء تفسير الإحصان المراد فى خصوص جريمة الزنى ، ويمكن – من ثم – تفسيره على النحو الذى فسره به مشروع ، تعديل قانون العقوبات المصرى .

---

(١٢٥) انظر فى تفصيل ذلك : West, D.J., Homosexuality, London, 1969 وعلى وجه الخصوص الصفحات ٧١ – ٩٤ و ١٨٠ – ٢٠٥ و ٢٢٠ – ٢٤٩ من هذا المؤلف .

وقررت المادة ٢٦٨ أن «يعاقب الزانى غير المحصن بالجلد مائة جلدة والتغريب عاماً هجريًّا كاملاً» . وعندنا أن الرأى الراجح هو الذى لا يرى فى التغريب جزءاً من عقوبة الحد . وسوف يأتى مزيد تفصيل فى شأن عقوبة التغريب (أو النفى) عند الكلام عن التعزير ، فنبه هنا فحسب إلى أن رأينا فى هذه العقوبة باعتبارها تعزيراً هو ذاته رأينا فيها باعتبارها حدًّا .

وعرضت المادة ٢٦٩ من المشروع لعقوبة الزانية غير المحصنة ، فأضافت إلى الجلد مائة جلدة «وتمسك فى بيتها حتى يتوفاها الموت أو يجعل الله لها سبيلاً» . وهذا الحكم بديل عن حكم التغريب فى حق الزانى غير المحصن . ولعل واضعى المشروع قد أرادوا الأخذ برأى بعض المالكية – وهو رأى الإمام مالك أيضاً – من أنه لا تنفى المرأة (١٢٦) غير أن النص الذى أورده المشروع معارض لنص حديث رسول الله ﷺ : «خذوا عنى ، خذوا عنى ، قد جعل الله لهن سبيلاً . . .» . والسبيل هنا هو عقوبة الجلد والرجم التى ورد ذكرها فى الحديث . أما الإمساك فى البيوت فقد ورد النص عليه فى آية سورة النساء : (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعةً منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعلَ الله لهن سبيلاً) وحكم هذه الآية فى الزنى غير معمول به فى شأن المحصنة لورود حكم الرجم ، ولا فى شأن غير المحصنة لورود حكم الجلد . وبذلك بقى الإمساك فى البيوت : (أى الحبس أو تحديد الإقامة) ، على الرأى الذى اخترناه مشروعاً فى حق من يأتين من النساء بفاحشة الشذوذ الجنسى (السِّحاق) دون من يأتين بفاحشة الزنى التى تقرر لها الجلد أو الرجم .

وقد عالجت الشذوذ الجنسى المادة ٢٧٠ من المشروع ، فجعلت عقوبته عقوبة تعزيرية هى «الجلد من ستين إلى تسعين جلدة» وقد كان من الأفضل – عندنا – الاكتفاء بهذا الحكم فى شأن الشذوذ الجنسى مع تقرير عرض مرتكبى جرائمه على إخصائيين نفسانيين ، وأطباء مختصين فى علاج حالات الانحراف السلوكى الناتج عن خلل عضوى أو نفسى لتقرير ما يرونه مناسباً من وسائل علاجه . ولكن المشروع أضاف إلى عقوبة الجلد «فإن اعتاد يقتل إذا لم يندفع فساده إلا بالقتل» .

وهذه النظرة إلى الاعتياد على ممارسة الشذوذ الجنسى ينقصها الإلمام بما توصل إليه الباحثون النفسيون والأطباء فى شأن هذا السلوك ، ولذلك فإننا نرى وجوب تعديل هذه الفقرة من المشروع بما يتفق مع ما قدمناه فى هذا الخصوص ؛ إذ قد لا تكون المسألة مجرد سلوك يعتبره المجتمع أو المشرع سلوكاً مجرماً ويعاقب عليه القانون ؛ وإنما قد تكون سلوكاً مَرَضيًّا يحتاج صاحبه إلى رعاية نفسية ، أو

(١٢٦) انظر شرح النووى على صحيح مسلم ، جـ ١١ ص ١٨٩ . حيث يقول : إنه رأى الأوزاعى ومالك ، وإنه روى عن على رضى الله عنه .

عناية اجتماعية ، أو حتى إلى علاج طبي ، فكيف يجوز مع ثبوت ذلك – وإمكان التحقق منه فى كل حالة على حدة – أن نقرر عقاباً جامداً لا أثر له فى إصلاح الجانى أو تقويمه معتبرين ما أتاه جريمة فحسب ، فى الوقت الذى يمكن فيه أن يكون مثل هذا العمل مرضاً أو عرضاً لمرض نفسيًّا كان هذا المرض أو عضويًّا ؟

ولعله لهذه الاحتمالات لم يرد فى نصوص القرآن أو السنة نص صريح يوجب عقاب الشاذ جنسيًّا بعقوبة الحد المقررة للزنى . ولذلك انتقدنا الرأى الذى يذهب إلى اعتباره فى حكم الزنى من حيث العقوبة المقررة له . ومع تأييدنا للعقوبة التعزيرية التى قررها مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى فإن شقها الأخير يحتاج إلى تعديل على ضوء ما قدمنا .

البَـابُ الثـالث

جرائم الاعتداء على الأشخاص وعقوباتها

٩٤ – تمهيد وتعريف :

ليس من شك فى أن جريمة القتل هى أخطر الجرائم التى عرفتها الإنسانية على الإطلاق ، ولذلك عرفت العقابَ عليها جميعُ النظم القانونية منذ فجر التاريخ حتى اليوم ، فلم يخل تنظيم لجماعة إنسانية من تجريم القتل وتحديد العقاب عليه .

وتعاقب الشريعة الإسلامية على القتل بالقصاص . وهو قتل القاتل . وتقرر قواعدها وإجماع فقهائها القصاص أيضاً كعقوبة أصلية لجرائم الاعتداء على الأشخاص التى لا تصل إلى درجة القتل : كالضرب والجرح .

وكلمة القصاص فى أصل اشتقاقها اللغوى من الفعل (قصّ) تعنى القطع واتباع الأثر ، والمساواة بين جانبى الشىء ، ومن هنا جاء استعمالها للدلالة على إنزال عقاب بالجانى مساوٍ لجنايته . فإن قَتل قُتل ، وإن جَرح جُرح . فهو فى الحالتين يقتص منه .

وفى استعمال الفقه الإسلامى يغلب لفظ القود على القصاص فيما دون النفس أى العقوبة فى جرائم الضرب والجرح . وتعرف بعض المعاجم القود بأنه القصاص والقصاص بأنه القود ، واللفظان مترادفان فى أصل اللغة ، أو قريبان من الترادف[1] .

ولعل أهم ما يجب أن تُصرف العناية إليه فى صدد دراسة القصاص فى الشريعة الإسلامية هو مدى اعتبار أفعال الاعتداء على الأشخاص بالقتل أو بالجرح جرائم بالمعنى الصحيح : أى أفعالاً ينتج عنها نشوء حق للدولة فى العقاب الذى توقعه السلطات العامة فيها بقصد منع الجريمة المستقبلة ، أو إصلاح الجانى أو زجره . أو اعتبارها أفعالاً ضارة بمفهوم الفعل الضار فى القانون المدنى ، وهو الفعل الذى ينشأ عنه للمضرور حق فى التعويض المساوى لما لحقه من ضرر يلتزم بأدائه له مرتكب الفعل الضار أو المسئول عنه .

وتبدو أهمية هذه المسألة إذا عرفنا أن الشريعة الإسلامية تجعل لإرادة المجنى عليه – أو أوليائه – دوراً أساسياً فى منع توقيع العقاب على الجانى ، وذلك بتقريرها جواز العفو عن القصاص من قبل المجنى عليه – فى جرائم الجرح والضرب – أو من قبل أوليائه – فى جرائم القتل – مقابل مبلغ معين من

---

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، جـ ٨ ص ٣٤١ (ط القاهرة بدون تاريخ) ، وابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، جـ ٥ ص ١١ (طبعة القاهرة ١٣٦٩ هـ) . وقد اعتنى بدراسة الكلمات المستعملة فى الموضوع ودلالتها اللغوية الشيخ أحمد الشرباصى فى كتابه : القصاص فى الإسلام ، القاهرة ١٩٥٤ ، ص ١٣ – ٢١ .

المال يطلق عليه اصطلاحاً لفظ الدية .

ومنع العقاب بإرادة المجنى عليه فى نطاق القانون الجنائى أمر مخالف للأصل فى الأفعال المعتبرة جرائم ؛ إذ الأصل فيها نشوء حق الدولة فى العقاب بمجرد ارتكاب الجريمة ، سواء أرضىَ المجنى عليه بنتيجتها أم لم يرض ، عفا عن الجانى أم لم يعف . وإذا كانت النظم الجنائية الحديثة تجعل لإرادة المجنى عليه – أو من هو فى حكم المجنى عليه – دوراً معيناً فى طلب توقيع العقاب أو منع تنفيذه فى نطاق محدود ، وفى عدد معين من الجرائم – فإنها تراعى فى ذلك اعتبارات خاصة تملى على المشرع الخروج عن الأصل المقرر من وجوب استيفاء الدولة دائماً لحقها فى العقاب[٢] .

أما الفعل الضار – أو الخطأ المدنى – فإن المرجع فيه إلى إرادة المضرور : إن شاء طالب بتعويض عن الضرر الذى أصابه ، وإن شاء ترك استيفاء حقه فى التعويض . ولا معقب عليه فى ذلك من سلطات الدولة ، وليس لها التدخل فيما أراد من استيفاء حقه أو النزول عنه .

فإلى أى من نوعى السلوك – الجريمة أو الفعل الضار – تنتمى أفعال الإعتداء على الحياة بالقتل أو الإعتداء على الأشخاص بالجرح أو الضرب[٣] ؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضينا التعرض أولا للقواعد الأساسية فى نظام القصاص والدية ، ولموقف المذاهب الفقهية من تطبيق القصاص فى بعض المسائل الخلافية ، ثم نناقش وضع القصاص والدية – أو الدية بتعبير أدق – بين العقوبة الجنائية والتعويض المدنى . ثم أخيراً نناقش موقف بعض التشريعات الجنائية العربية من تطبيق القصاص ، ونعنى على وجه الخصوص القانون المصرى فى هذا الصدد .

٩٥ – القواعد الأساسية فى نظام القصاص والدية :

إن الأثر المترتب على جرائم الإعتداء على الأشخاص فى الشريعة الإسلامية قد يكون صدور الحكم بالقصاص ، أو بدفع الدية إلى المجنى عليه أو أوليائه . والقصاص بدوره ينقسم إلى قصاص فى النفس (قتل القاتل) وقصاص فيما دون النفس (إحداث جرح أو ألم بالجانى مساو لما أحدثه بالمجنى عليه) . أما الدية فهى مبلغ معين من المال يدفع إلى أولياء القتيل مقابل نزولهم عن الحق فى

---

(٢) انظر ما سبق عن جرائم الشكوى والإذن والطلب وجواز الصلح والعفو فى بعض الجرائم .

(٣) إن موقف الشريعة الإسلامية من جرائم الاعتداء على الأشخاص يجب أن يدرس فى ضوء النقلة الهائلة التى أحدثتها قواعدها فيما كان سائدا قبلها فى النظم القانونية الأخرى ، وفى العادات القبلية العربية . وقد سبق لنا تفصيل ذلك فى رسالتنا . The Theory of Punishment p. 146-149.

القصاص . أو يدفع للمجنى عليه مقابل نزوله عن الحق فى القصاص لما أصابه من اعتداء . ولفظ الدية أكثر شيوعاً فى الحالة الأولى ، على حين يستخدم الفقهاء فى الحالة الثانية لفظ «الأرش» . وهو عادة جزء محدد من الدية الكاملة التى تجب فى القتل ، يقابل حق القصاص لاعتداء على جسم المجنى عليه .

كل ذلك فى القتل والجرح العمديين ، أما القتل الخطأ والإصابة الخطأ فجزاؤهما فى الشريعة الإسلامية الدية والكفارة . والدية واحدة فى النوعين من القتل من حيث مقدارها ، ومن حيث القواعد الشرعية والفقهية التى تحكمها بصفة عامة ، ولذلك فلن نعنى فى دراستنا بالتمييز بين وجوب الدية لقتل عمد أو وجوبها نتيجة قتلٍ خطأ ، أما الكفارة فليست عقوبة جنائية بالمعنى الصحيح ، ولذلك فلن نتعرض لها على الإطلاق .

٩٦- عقوبة القتل العمد :

وقد أورد القرآن الكريم النص على القتل العمد ، وعلى عقوبة القتل الخطأ . فيقول الله عز وجل فى شأن عقوبة القتل العمد : (يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحرُّ بالحر ، والعبدُ بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عُفِى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم . ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون) البقرة : ١٧٨ — ١٧٩ .

ويقول الله تعالى فى شأن القتل خطأ : (وماكان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ، ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدوٍّ لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، توبةً من الله ، وكان الله عليماً حكيماً) النساء — ٩٢ .

وقد جمع الفقهاء بين هذين النصين ليخلصوا إلى أنه لا قصاص فى القتل خطأ ، وإنما تجب فيه الدية والكفارة[٤] . أما القتل العمد فإنه ينشأ عنه حق فى القصاص ، وهو يعنى هنا قتل القاتل . أو بتعبير آخر توقيع عقوبة الإعدام — قصاصاً — على مرتكب جريمة القتل .

وثمة خلاف بين الفقهاء حول كيفية تنفيذ القصاص ، أو عقوبة الإعدام : فيذهب الأحناف والحنابلة إلى وجوب تنفيذ القصاص بقتل القاتل بالسيف أيًّا ماكانت الوسيلة التى إستخدمها هو فى

(٤) الجصاص ، أحكام القرآن ، جـ ٢ ص ٢٢٢ . والإمام الشافعى ، الأم ، جـ ٧ ص ٤ .

قتل المجنى عليه[٥]، على حين يرى المالكية والشافعية والظاهرية أن المحكوم عليه بالقصاص يجب أن يقتل بالطريقة التى استخدمها هو فى إزهاق روح المجنى عليه[٦].

وحجة الأحناف والحنابلة أن الغرض من القصاص هو إزهاق روح الجانى الذى يحكم عليه به جزاء له على إزهاق روح المجنى عليه. وأيسر الطرق فى تحقيق ذلك هى قتله بالسيف، فلا يجوز العدول عنه إلى غيره. أما حجة المالكية والشافعية والظاهرية فهى أن القصاص يعنى «المساواة والمماثلة» والمساواة يجب أن تتحقق لا فى قتل القاتل فحسب، وإنما فى قتله بمثل الطريقة التى قَتل بها المجنى عليه[٧].

ويذهب المرحوم الشيخ محمود شلتوت إلى: «أنه يجب أن يكون التنفيذ بكل آلة تحقق الإحسان فى القتل. والحياة كلما تقدمت فى الابتكار وجد فيها من وسائل الإحسان فى القتلة ما لا يوجد من قبل، فيلزم أن يتبع كل ما وجد من وسائل الإحسان تحقيقاً للأمر به فى كل ما يمكن...

«وليس الوقوف على رأى معين من آراء الفقهاء فى مثل هذا الموضوع مما ينبغى أن يحفل به»[٨] وقد سبق لنا أن أيدنا مثل هذا الرأى فى صدد حديثنا عن تنفيذ عقوبات الحرابة. ومن ثم فإن أية وسيلة تؤدى إلى تحقيق إزهاق الروح فهى صالحة لتنفيذ القصاص.

٩٧ – القصاص فى غير القتل:

على خلاف عقوبة القتل العمد – لم ترد عقوبة الجرح أو الضرب عمداً بنص واضح فى القرآن الكريم، أو بنص قطعى الدلالة فى السنة النبوية: فالآيات التى يذكرها الفقهاء فى صدد تأصيل نظام القصاص فيما دون النفس كلها تحتمل الدلالة على الأخذ بهذا النظام فى الشريعة الإسلامية بالقدر نفسه الذى تحتمل به دلالات أخرى لا تتفق مع الاستدلال بها فى هذا الخصوص.

ولعل أهم هذه الآيات هى قول الله تعالى: (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدَّق به فهو كفَّارة له، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون». المائدة – ٤٥.

والنظر فى سياق هذه الآية من القرآن الكريم يجعل من العسير التسليم بإمكان بناء نظام القصاص

---

(٥) الجصاص، المرجع السابق، جـ١ ص ١٦٠ – ١٦٣ والرحيبانى، مطالب أولى النهى، جـ٥ ص ٥٢ (طـ دمشق ١٩٦١).

(٦) المدونة، جـ٤ ص ٤٩٥ – ٤٩٦، والأم جـ٧ ص ٥٤، والمحلى جـ١٠ ص ٣٧٠ – ٣٧٨.

(٧) المحلى جـ١٠ ص ٣٧٠، والجصاص، المرجع السابق ص ١٦١، ومطالب أولى النهى، جـ٥ ص ٥٢.

(٨) نقلاً بتصرف من كتابه: (الإسلام عقيدة وشريعة) ص ٣٨٣.

فى الجروح – المقرر فى الشريعة الإسلامية – عليها . ذلك لأنها تتحدث عما فرضه الله سبحانه وتعالى على بنى إسرائيل فى التوراة ، ولا تتحدث عما هو مفروض على المسلمين . وهى فى سياق بيان القرآن لبعض الأحكام الخاصة فى الشريعة اليهودية وفى الشريعة المسيحية مما ثبت فى التوراة والإنجيل . ولأن مجموعة هذه الآيات مختتمة بقول الله تعالى مخاطباً نبيه ﷺ : (وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ، ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة . . .) المائدة – ٤٨ . فهذه الآية الخاتمة لمجموعة تلك الآيات تقرر أن لكل نبى شريعته – أى قانونه – وأن لو شاء الله لجعلها شريعة واحدة ، ولجعل أتباعهم أمة واحدة .

ويستند بعض الفقهاء فى إثبات تشريع القصاص فى الجروح إلى قول الله تعالى : (الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين) البقرة – ١٩٤ وإلى قوله عز وجل : (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ، ولئن صبرتم لهو خير للصابرين) النحل – ١٢٦ .

وهاتان الآيتان بدورهما لا تتعلقان بالأحكام الخاصة بعلاقات الأفراد داخل الدولة الإسلامية ؛ وإنما تتعلقان بعلاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول أو الجماعة الإسلامية – من حيث هى كيان سياسى مستقل – بغيرها من الجماعات[٩] ، ومن المسلم به اختلاف هذه الأحكام عن الأحكام الخاصة بالعلاقات بين المسلمين داخل إطار الجماعة أو الدولة الإسلامية .

أما فى السنة النبوية فقد روى البخارى ومسلم عن أنس قال : «كسرت الربيع – وهى عمة أنس ابن مالك – ثنية جارية من الأنصار ، فطلب القوم القصاص ، فأتوا النبى ﷺ ، فأمر النبى ﷺ بالقصاص . فقال أنس بن النضر عم أنس بن مالك : لا ، والله لا تكسر سنها يا رسول الله ! فقال رسول الله ﷺ ، يا أنس كتاب الله القصاص . فرضى القوم وقبلوا الأرش ، فقال رسول الله ﷺ : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبرّه»[١٠] وبهذا الحديث يستدل كثير من الفقهاء على مشروعية القصاص فيما دون النفس .

وقد نوقش هذا الاستدلال من حيث اختلاف روايات الحديث فى كون الواقعة جرحاً أو كسر سن . ومن حيث تحديد الشخص الذى أقسم ألا تكسر سن الربيع : هل هو أنس بن النضر أو أمّ أنس بن النضر؟ ومن حيث إن بعض الرواة أسند إلى رسول الله ﷺ قوله «كتاب الله القصاص»

(٩) انظر فى مثل هذا المعنى : محمود شلتوت ، المرجع السابق ص ٤٠٥ ، والكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ص ٢٩٥ .
(١٠) اللؤلؤ والمرجان ، جـ٢ ص ١٨٠ – ١٨١ ، ومشكاة المصابيح جـ٢ ص ٢٦١ .

وبعضهم أنه «أمر بالقصاص» . وفى صدد هذا الاختلاف الأخير يقول المرحوم الشيخ محمود شلتوت : «أما بالنظر إلى أن ما صدر من رسول الله هو كلمة كتاب الله القصاص فقد اختلف العلماء فى المراد من كتاب الله فيها : فرأى بعضهم أن المراد بها قوله تعالى : (أن النفس بالنفس) وقد علمت ما فيه ، ورأى بعضهم أن المراد به العمومات السابقة ، وقد علمت ما فيها أيضاً . ورأى بعضهم أن المراد به حكم الله وعليه فحكم الله كما يكون بالنص يكون بالاجتهاد»(١١).

ويعقب رحمه الله على هذه المناقشة بقوله : إن الإجماع هو المصدر الذى يستند إليه – بحق – تشريع القصاص فيما دون النفس فى الفقه الإسلامى(١٢).

ونحن نرى صحة هذا الاستدلال ، ونضيف إليه أن الإجماع هنا قد أحال النصوص المحتملة التى أسند إليها الفقهاء تشريع القصاص فيما دون النفس من نصوص ظنية الدلالة عليه إلى نصوص قطعية الدلالة . وكفى بالإجماع مصدراً لأحكام الفقه الإسلامى ، ولعله لا يمكن لأحدٍ إنكار الإجماع هنا ، فليس من كتاب من كتب الفقه الإسلامى ، ولا مذهب من مذاهبه إلا قرّرَ القصاص فيما دون النفس ونقل الإجماع عليه .

ويمكننا أن نلخص شروط القصاص فيما دون النفس فيما يلى :

١ – يجب أن يكون الجرح الذى أحدثه الجانى بالمجنى عليه جرحاً متعمداً .

٢ – يجب أن تتحقق المماثلة بين العضو الذى أصابه الجانى ، والعضو الذى يكون محلاً للقصاص .

٣ – لابد من ثبوت إمكان توقيع القصاص دون حيف : وذلك بأن تكون الجناية على مفصل أو ما شابهه ، كقطع اليد من الرسغ ، أو الرجل من مفصل القدم . فإذا توافرت هذه الشروط – على صعوبة توافرها – وجب أن يوقع القصاص بمعرفة شخص له من الخبرة ما يمنع الخطأ أو الحيف – كالجراح – مثلاً ، وهذا الشرط مقرر فى مذهب مالك والشافعى ، وهو مفترض ضمناً فى غيرهما من المذاهب(١٤).

ويطالع الباحث فى كتب الفقه الإسلامى مناقشات مستفيضة حول إمكان القصاص أو عدم

---

(١١) محمود شلتوت ، المصدر السابق ، ص ٤٠٦ .

(١٢) المصدر نفسه ، ص ٤٠٧ .

(١٣) الجصاص ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ ، والإمام الشافعى ، الأم ، جـ٧ ص ٤٤ .

(١٤) المدونة ، جـ ٤ ص ٤٩٩ ، شرح الحطاب على مختصر خليل ، جـ٦ ص ٢٤٧ ، والأم ، جـ٦ ص ٥٢ . ويلاحظ أن المستشرق Schacht قد نسب هذا الرأى إلى المالكية فقط فى مقاله عن القصاص فى دائرة المعارف الإسلامية .

إمكانه فى أنواع الجروح المختلفة ، وحول مدى إمكان تحقيق شرط المساواة فى جرح معين أو عدم إمكان تحقيقه عند توقيع القصاص.

وفى تقديرنا أن مثل هذه البحوث – وإن أفاض فيها الفقهاء – فإن الكلمة الأخيرة فيها لن يقولها الفقيه ، أو رجل القانون . وإنما سيقولها الخبراء القادرون على تحديد ما يصح – طبيًّا – أن يجرى فيه القصاص وما لا يصح[١٥].

٩٨ – الدية فى القتل العمد وغير العمد :

لا تجب الدية فى القتل العمد إلا فى حالة واحدة هى حالة نزول أولياء المجنى عليه عن حقهم فى طلب اقتضاء القصاص مقابل حصولهم على الدية . وتجب فى القتل شبه العمد ، فهى الجزاء الوحيد على هذا النوع من القتل ؛ إذ لا قصاص فيه . وفى القتل الخطأ تجب الدية والكفارة على النحو الذى نص عليه القرآن الكريم فى قوله تعالى : (وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ . . .) الآية . النساء – ٩٢ .

ولم تحدد نصوص القرآن الكريم مقدار الدية ؛ وإنما تكفلت بذلك السنة النبوية حيث قال رسول الله ﷺ : «ألا إن فى قتيل الخطأ شبه العمد ، ما كان بالسوط والعصا ، مائة من الإبل : منها أربعون فى بطونها أولادها»[١٦].

وفى حديث آخر عن رسول الله ﷺ أنه كتب إلى أهل اليمن «فى النفس الدية مائة من الإبل»[١٧] وهذا النص يحدد دية القتل العمد إذا رضى الأولياء بالعفو عن القصاص وقبلوا الدية.

والقتل ينقسم فى الفقه الجنائى الإسلامى إلى أنواع تختلف باختلاف المذاهب الفقهية (وفى بعض المذاهب خلافات بين الفقهاء المنتمين إليها أيضاً) . وأوسع هذه التقسيمات هو تقسيم الأحناف الذى يضم خمسة أنواع : العمد ، وشبه العمد ، والخطأ ، والجارى مجرى الخطأ ، والقتل بالتسبب[١٨]. ولا يجب القصاص إلا فى النوع الأول فقط ، وهو القتل العمد ، أما الأنواع الأربعة الأخرى فتجب فيها الدية دون القصاص . وقد وضع هذا التقسيم الخماسى فى المذهب الحنفى الفقيه الحنفى أبو بكر الرازى الشهير بالجصاص (المتوفى سنة ٣٧٠ هـ) أما قبله فقد كان الأحناف يقسمون القتل إلى الأنواع

---

(١٥) قارن مثلاً ما ذهب إليه ابن حزم فى المحلى جـ ١٠ ص ٤٥٥ – ٤٥٦ ، ٤٦١ .

(١٦) مشكاة المصابيح ، جـ ٢ ص ٢٦٨ . والحديث رواه النسائى وابن ماجه والدارمى وأبو داود.

(١٧) المرجع السابق ، وانظر الموطأ ، ص ٥٣٠ .

(١٨) ابن نجيم ، البحر الرائق ، جـ ٨ ص ٢٨٧ (القاهرة بدون تاريخ) .

الأربعة الأولى فحسب (١٩)

ويقسم الشافعية والحنابلة والزيدية القتل ثلاثة أقسام : عمد وشبه عمد وخطأ . على حين يرى المالكية والظاهرية أن القتل ينقسم إلى قسمين فقط : عمد وخطأ (٢٠).

ويعرف الأحناف والشافعية والحنابلة القتل بأنه عمد متى قصد الجانى إزهاق روح المجنى عليه ، واستخدم لذلك آلة من شأنها إحداث هذه النتيجة ، أما المالكية فيرون أن الشخص يرتكب قتلاً عمداً كلما تسبب فى موت شخص آخر بفعل أو ترك متعمد ، موجه إلى شخص حىّ ، سواء أكان بقصد العدوان عليه ، أم كان – الفعل أو الترك – من شأنه بالضرورة إحداث الموت (٢١) ، وقريب من رأى المالكية رأى ابن حزم الظاهرى ، وإن توسع إلى حد كبير فى اعتبار صور القتل بالترك قتلاً عمداً (٢٢).

ويجب القصاص فى كل قتل عمد ، فإذا امتنع تنفيذ القصاص لعفو أولياء المجنى عليه ، أو لعدم إمكان تنفيذ القصاص ، حلت محله الدية (٢٣).

وإذا كان الأصل فى الدية – سواء فى القتل العمد أو شبه العمد – تقديرها بمائة من الإبل عملاً بحديثى رسول الله ﷺ اللذين تقدم ذكرهما – فإنه من المسلم به جواز أداء الدية بمبلغ من المال يقابل فى قيمته مائة من الإبل أو بأية سلعة أخرى يتعامل بها الناس فى مجتمع ما . ويرى الظاهرية أنه لا يجوز العدول عن الإبل إلى غيرها إلا إذا لم توجد الإبل فى مجتمع ما فعندئذ يجوز دفع قيمتها بالنقود المتداولة (٢٤).

وقد أخذت بالرأى القائل بجواز أداء قيمة الدية نقوداً دولة الكويت حيث تقررت دية القتل الخطأ فيها فقدرت بمبلغ ١٢٠٠ دينار كويتى ، والمملكة العربية السعودية حيث صدر القرار رقم ١٠٠ فى ٦/١١/١٣٩٠ هـ بتحديد مقدار الدية الشرعية بمبلغ ٢٤,٠٠٠ ريال سعودى للقتل الخطأ ،

---

(١٩) الجصاص ، أحكام القرآن ، جـ ٢ ص ٢٢٢ – ٢٢٣ ، والسرخسى ، المبسوط ، جـ ٢٦ ص ٥٩ .

(٢٠) المغنى لابن قدامة ، جـ ٨ ص ٢٦٠ ، الروض النضير ، جـ ٤ ص ٥٤٧ ، والمحلى . جـ ١٠ ص ٣٤٣ ، وحاشية المواق على مختصر خليل ، جـ ٦ ص ٢٤٠ (القاهرة ١٣٢٩ هـ) . وما أثبتناه فى المتن هو الرأى الراجح فى كل مذهب وثمة آراء أخرى مرجوحة .

(٢١) المراجع المذكورة سابقاً للمذاهب الأربعة .

(٢٢) المحلى ، جـ ١٠ ص ٥٢٢ – ٥٢٣ . وانظر رسالة الدكتور أحمد محمد إبراهيم ، القصاص ، ص ٥٣ – ٥٤ .

(٢٣) انظر فى حالات امتناع تنفيذ القصاص ، أحمد محمد إبراهيم ، القصاص ، ص ١٧٨ – ١٩٤ .

(٢٤) انظر : عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، جـ ٢ ص ١٧٠ – ١٨٠ ، والمحلى لابن حزم ، جـ ١٠ ص ٣٨٨ .

و ٢٧,٠٠٠ ريال سعودى للعمد وشبه العمد[٢٥].

ويتحمل الجانى الدية فى ماله الخاص فى حالة القتل العمد ، إذ تجب الدية فى هذه الحالة بدلاً عن القصاص ، وقد كان القصاص واجباً فى نفسه ، فانتقل الوجوب إلى ماله . أما فى حالتى القتل شبه العمد والخطأ فالدية تجب على العاقلة وليس على الجانى وحده[٢٦].

ومن الأمور التى تتفق بشأنها المذاهب الإسلامية المختلفة أن دية المرأة ، إذا كانت مجنياً عليها فى جريمة القتل ، على النصف من دية الرجل ، وقد نقلت بعض كتب الفقه الإسلامى المقارن إجماع الفقهاء على ذلك[٢٧] ، ونلاحظ مع ذلك أنه لا خلاف – أيضاً – بين الفقهاء فى أنه يجوز أن يتفق أولياء المقتول مع القاتل على النزول عن المطالبة باقتضاء الحق فى القصاص مقابل مبلغ من المال أكثر من قيمة الدية المقررة شرعاً[٢٨] وتكون الدية التى حددتها السنة مقررة فى غير حالة الإتفاق بين الطرفين على مقدار آخر ، ليقضى بها القاضى إذا نزل الأولياء عن القصاص عند رفع الأمر إلى القضاء ، وطلبوا أن يحكم لهم بالدية ، ففى هذه الحالة تقضى المحكمة بالدية المقررة شرعاً فحسب دون أن تزيد عليها أو تنقص منها .

٩٩ – الدية فى الجروح :

يعنى الفقهاء فى صدد تحديد مقدار الدية الواجبة فى الجروح بمناقشة تفصيلية لأعضاء الجسد المختلفة ، والدية الواجبة لكل منها . ويكفينا هنا أن نبين أن بعض هذه الأعضاء تجب فيها الدية كاملة : كالعينين والأنف والشفتين وغيرها . وفى بعضها الآخر يجب جزء من الدية الكاملة . وإن يكن ثمة اختلاف بين المذاهب الإسلامية فى تحديد النسبة الواجبة من الدية للأجزاء التى تجب فيها بعض الدية .

وفى الحالات التى لا تجب فيها الدية كاملة ، والتى ليس فيها نسبة محددة منها ، يكون تعويض الجروح الواقعة على المجنى عليه متروكاً إلى المحكمة التى تنظر الدعوى ، ويطلق الفقهاء على المبلغ من المال الذى تقضى به المحكمة فى هذه الحالة «حكومة العدل» .

ويستند الفقهاء فى تحديد المقادير الواجبة من الدية كلها أو بعضها : إما إلى نص الخطاب الذى

(٢٥) صدر هذا القرار عن المجلس الأعلى للقضاء والذى كان يرأسه وزير العدل ، بناء على طلب نائب رئيس مجلس الوزراء بتاريخ ٢٢ / ٢ / ١٣٩٠ هـ .

(٢٦) لذلك تفصيل يراجع فى مكانه من المراجع الفقهية المشار إليها فى أثناء هذا البحث .

(٢٧) الشعرانى ، الميزان الكبرى ، جـ ٢ ص ١٢٧ ، السياغى ، الروض النضير جـ ٤ ص ٥٦٨ .

(٢٨) المغنى ، المصدر السابق ، ص ٣٦٣ ، والخطيب الشربينى ، مغنى المحتاج ، جـ ٤ ص ٤٥ (طـ القاهرة ١٣٠٨ هـ) .

كتبه رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن حينما بعث إليهم عمرو بن حزم[٢٩]، وإما إلى اجتهادهم فى المواضع التى ليس فيها نص يحدد مقدار الدية الواجبة : ومن ذلك قول الإمام مالك رضى الله عنه : «الأمر عندنا فى العين القائمة العوراء إذا طفئت ، وفى اليد الشلاء إذا قطعت : أنه ليس فى ذلك إلا الاجتهاد . وليس فى ذلك عقل مسمى»[٣٠].

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أنه إذا استحال توقيع القصاص بسبب طبيعة الجرح الذى أصاب المجنى عليه – فإن الدية هى الواجبة . وتجب الدية كذلك إذا اتفق عليها الجانى والمجنى عليه سواء أكان القصاص ممكناً أم غير ممكن[٣١].

والدية الواجبة فى الجروح أو الدية التى يتفق عليها الجانى والمجنى عليه تجب فى مال الجانى وحده ، ولا تتحمل العاقلة منها شيئاً . فكما أن الجناية وقعت منه ، تكون عاقبتها وغرمها عليه وحده ولا تحمل العاقلة عنه شيئاً[٣٢].

١٠٠ – القصاص بين الإعمال والإهمال :

إذا كان القصاص هو العقوبة التى قررها نظام الإسلام الجنائى لجريمة القتل – فإن ذلك يعنى أن النتيجة الأولى التى تترتب على ارتكاب هذه الجريمة هى وجوب القصاص من القاتل . وقد علل الله سبحانه وتعالى إيجاب القصاص بقوله : (ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب) البقرة – ١٧٩ . وتحقيق ذلك فى واقع الحياة أن يلحق كل قاتل جزاؤه الدنيوى «القصاص» ، يقضى به القضاء وينفذ ، فيمتنع الآخرون عن ارتكاب جريمة الاعتداء على الحياة ، فتكون لنا فى القصاص حياة .

ومع التسليم بذلك بين الفقهاء فإنهم اختلفوا فى مواضع حول وجوب القصاص أو عدم وجوبه ، أو حول جواز توقيع القصاص أو عدم جواز توقيعه . ومن العسير أن نلم فى مثل هذه الدراسة بكل مواضع الخلاف بين الفقهاء ، وأن نبدى رأياً فى كل مسألة تعددت فيها الآراء . وبعض هذه المواضع والمسائل لم تعد له اليوم سوى أهمية تاريخية بحتة ، ولذلك فإننا سنقتصر من هذه المسائل على ثلاث رأيناها تمس جوهر نظرية القصاص ؛ إذ يتعارض الرأى القائل فيها بعدم جواز توقيع القصاص

---

(٢٩) الإمام الشافعى ، الرسالة ص ٤٢٢ . والمغنى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٧ . وقد صحح المرحوم الشيخ أحمد شاكر سند كتاب آل عمرو بن حزم إلى النبى ﷺ فى تعليقه على كلام الشافعى فى الرسالة .

(٣٠) الموطأ ، ص ٥٣٥ .

(٣١) المغنى لابن قدامة ، الموضع السابق . وعبد القادر عودة ، التشريع الجنائى جـ ٢ ص ٢٦١ .

(٣٢) الجصاص ، أحكام القرآن ، جـ ١ ص ١٥٧ ، الباجى ، المنتقى ، جـ ٧ ص ١٠٣ ، المحلى جـ ١١ ص ٥٠ ، والروض النضير جـ ٤ ص ٥٥٩ .

والهدفُ الذى يرمى إليه الشارع من تشريعه . وهذه المسائل هى : مدى جواز القصاص فى حالة تعدد الجناة ، ومدى جواز القصاص من المسلم بقتل الذمى ، ومدى جواز القصاص من الوالد بولده . ونفرد لكل منها فقرة على حدة .

١٠٠ - ١ - القصاص وتعدد الجناة :

يناقش الفقهاء هذه المسألة تحت عنوان « قتل الجماعة بالواحد » . ومع الاتفاق على قتل القاتل فى حالة إرتكابه الجريمة منفرداً ، فإن الخلاف قد وقع بين الفقهاء فى حالة تعدد الجناة فى جريمة قتلٍ المجنىٌّ عَليه فيها شخص واحد :

فذهب الزهرى وابن سيرين وحبيب بن أبى ثابت - من فقهاء التابعين - إلى أن القصاص لا يجوز توقيعه فى حالة تعدد الجناة ، وإنما تجب الدية فقط .

وذهب الأحناف والمالكية والشافعية والظاهرية إلى وجوب القصاص فى حالة تعدد الجناة كوجوبه فى حالة انفراد جانٍ واحد بارتكاب الجريمة .

واختلفت الروايات عن ابن عباس وأحمد بن حنبل ، فروى عن كل منهما الرأيان معاً(٣٣) .

ويستند أصحاب الرأى القائل بعدم جواز توقيع القصاص فى حالة تعددُ الجناة إلى تفسير قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) المائدة - ٤٥ وقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى . . .) الآية البقرة - ١٧١ . باعتبار أن المشار إليه فى هذه الآيات هو القصاص من نفس واحدة لقتل نفس واحدة . والجناة إذا تعددوا لم نكن أمام نفس بنفس ، ومن ثم فلا يمكن إجراء القصاص ، لا على واحد فقط من الجناة المتعددين ؛ لأنه لم يرتكب الجريمة وحده ؛ ولا على الجميع لاختلال المساواة التى هى أساس تشريع القصاص .

وهذه النظرة تتجاهل - فى رأينا - طبيعة القصاص كعقوبة مقررة لجريمة معينة : فشأن العقوبات جميعاً أن توقع عند ارتكاب الجريمة تعدد الجناة فيها أم لم يتعددوا ، ولو منعنا توقيع العقوبات كلما إشترك عدد من الجناة فى ارتكاب الجريمة لأدى ذلك إلى عدم توقيع أية عقوبة لأية جريمة ؛ إذ لا يعدم مجرم مَنْ يعينه أو يشاركه ! وبذلك يفلت من أن يوقع عليه العقاب : فهذا الرأى - فى الواقع - يؤدى إلى هدم نظام القصاص ، ويجعل توقيعه مستحيلاً أو شبه مستحيل .

وأخذاً بخلاف هذا الرأى أمر عمر بن الخطاب بقتل أربعة أشخاص اشتركوا فى قتل غلام فى

---

(٣٣) انظر فيا تقدم : المغنى ، المصدر السابق ، ص ١٨٩ - ١٩٠ ، والمحلى ، جـ ١٠ ص ٥١٢ .

اليمن ، وأمر على بن أبى طالب بتوقيع القصاص على ثلاثة قتلوا رجلاً وسرقوا ماله(٣٤).

وعلى ذلك فإن الصحيح من الرأيين المتقدمين هو الرأى الذى يذهب إلى توقيع القصاص على الجناة – وإن تعددوا – فى جريمة القتل .

وقد أخذ بهذا الرأى مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى (مشروع الدكتور إسماعيل معتوق) فقالت المذكرة الإيضاحية : «ولاشك أن قتل الجماعة بالواحد فيه سد للذريعة ومنع للشر ؛ إذ لو ساغ ألا يقتص من الجماعة للواحد إذا قتلوه لسهل على الأشرار أن يتعاونوا على الإثم والعدوان ، ويقتلوا من يشاءون . . . »(٣٥).

وقد نصت المادة ٢٣٠ من المشروع على أن «يقتص بطريقة مشروعة من كل من قتل آخر عمداً إلا بالحق بأن يقتل بمثل الطريقة التى قتل بها» . وفى نظرنا أن عبارتى «بطريقة مشروعة» و «إلا بالحق» تَزّيدٌ لا ضرورة له : وذلك لأن القتل بالحق لا يسمى قتلاً عمداً ولا يوجب قصاصاً ، ولأن القصاص تنفذه أجهزة الدولة المنوط بها تنفيذ عقوبة الإعدام ، ولا يتصور أن يكون تنفيذه «بطريقة غير مشروعة» .

وقد سبق لنا أن بينا أن المماثلة بين الطريقة التى ارتكب بها القاتل جريمته والطريقة التى يقتص بها منه ليست من لوازم تشريع القصاص وتطبيقه ، فكان يكفى المشروع أن يقرر أن تنفذ عقوبة القتل قصاصاً بالطريقة التى تنفذ بها عقوبة الإعدام دون إشارة إلى المماثلة أمكنت أم لم تمكن . ولنا أن نتصور رجلاً قتل آخر بسكين : فهل سيطلب من القائمين على التنفيذ – لإمكان المماثلة هنا – أن ينفذوا فيه القصاص بطعنه بسكين حتى الموت ؟ وقل مثل ذلك فى رجل قتل آخر بعصا وبحجر ، وبقطعة من حديد . . . فهل يتصور أن تحكم المحكمة فى هذه الحالات بإعدام الجانى بالطريقة التى قتل بها ضحية جريمته ؟

ونصت المادة ٢٣١ من المشروع على أن «يعاقب من شارك فى قتل غيره بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة بالأشغال الشاقة المؤبدة» . وقالت المذكرة الإيضاحية فى التعليق على هذا النص « . . . المحرض والمتفق والمساعد لا يجوز القصاص منه شرعاً ؛ وإنما يجب تعزيره تعزيراً شديداً» .

والواقع أن هذا الحكم الذى قررته المادة ٢٣١ وما نسبته المذكرة الإيضاحية إلى «الشرع» محل نظر ، فالفقهاء مختلفون فى حكم المساعد والمحرض على الجريمة ، والصحيح من آرائهم هو الرأى القائل بأن كل اشتراك فى جريمة القتل يرمى إلى تحقيق النتيجة – القتل – يوجب على الشريك عقوبة

(٣٤) المغنى ، المصدر السابق ، ص ٢٩٠ ، والجصاص ، أحكام القرآن ، جـ١ ص ١٤٥ .

(٣٥) ص ١٠ من المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون .

القصاص ، شأنه شأن الفاعل الأصلى[٣٦] .

ولذلك فإننا نرى أن نص المادة ٢٣١ نص معيب ، ومخالف للصحيح من آراء الفقهاء ، ونقترح لذلك إلغاءه وترك الأمر للنصوص القائمة فى قانون العقوبات والتى تحكم صور الاشتراك فى الجريمة ، أو تعديله بتقرير مارجّحناه ، وهو الراجح فى الفقه الإسلامى .

١٠٠ -٢- القصاص من المسلم لقتل الذمى :

يذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز القصاص من المسلم إذا قتل ذميًّا . ويؤسسون رأيهم فى هذا الصدد على أن الكافر لا يستوى هو والمسلم (أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون) السجدة- ١٨ . والتمييز بين المسلم وغير المسلم أمر مسلّم فى الأحكام الدينية ، وفى الأحكام الدنيوية ذات الصبغة الدينية أو بالأصح ذات الصلة المباشرة بأحكام الدين : كمثل أحكام الزواج والطلاق والميراث والوصية وما إليها . أما التمييز بينهما فى أحكام الجرائم والعقوبات فهو أمر يحتاج إلى أن يكون ثابتاً بيقين بنص من الشارع صحيح قاطع الدلالة ، حتى يسوغ القول به . وغاية ما يستند إليه المفرقون بين المسلم والذمى فى أحكام القصاص هو عموم بعض الآيات التى تقرر التمييز الأخروى بين المسلمين وغير المسلمين . وإذا كان ثمة تمييز بينهما فلا مساواة . وحيث لا مساواة فلا قصاص[٣٧] .

أما الأحناف القائلون بجواز القصاص من المسلم إذا قتل ذميًّا فيستدلون بأن الآيات الموجبة للقصاص لم تفرق بين مسلم وغير مسلم ، وبأن القصاص عقوبة تجب على من ارتكب الجريمة دون أن يؤثر فى ذلك دِينُ من وقعت عليه الجريمة أو أصابه ضرر منها[٣٨] .

ويرى المالكية أن المسلم يقتل بالذمى فى حالة واحدة هى حالة القتل غيلة ؛ لأن القتل غيلة عند المالكية صورة من صور الحرابة التى يجب فيها العقاب حداً لا قصاصاً . ومع قول المالكية بتخيير الحاكم فى توقيع عقوبات الحرابة فإنهم قرروا فى الغيلة وجوب القتل ، فلا تخيير فيها[٣٩] .

ومما يؤيد مذهب الأحناف قول رسول الله ﷺ : «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله

---

(٣٦) انظر فى تفصيل ذلك والاحتجاج للرأى الذى اخترناه : الدكتور أحمد محمد إبراهيم ، القصاص فى الشريعة الإسلامية ، ص ١٣٣ - ١٣٥ .

(٣٧) المغنى ، جـ ٨ ص ٢٧٣ - ٢٧٤ ، المحلى ، جـ ١٠ ص ٣٤٧ - ٣٥٩ ، الأم ، جـ ٦ ص ٣٢ - ٣٤ .

(٣٨) الجصاص ، أحكام القرآن ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ - ١٤١ .

(٣٩) انظر مختصر خليل مع حاشيتيه للمواق والحطّاب ج ٦ ص ٢٣٠ - ٢٣٣ ، وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٢٣٨ ، وقد نقل عن الإمام مالك قوله : إن قتل الغيلة لاعفو فيه ولا صلح .

إلا الله ، وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة »[٤٠] .

فتعبير « النفس بالنفس » يشمل بعمومه قاتل الذمى كما يشمل قاتل المسلم .

وإذا كان أقوى ما يستند إليه القائلون بعدم القصاص من المسلم لقتل الذمى هو مبدأ المساواة الواجب تطبيقه فى كل حالات القصاص – فإن مبدأ المساواة من المسلّمات ، ولكن فى أى المعانى يجب أن تقوم المساواة بين القاتل والمجنى عليه ؟

لقد ذهب الأحناف – بحق – إلى أن المساواة هنا فى الإنسانية وعصمة الدم : فالذمى معصوم الدم كالمسلم ، واختلاف الدين ليس سبباً لإباحة دمه أو ماله باتفاق ، فلماذا نقول بعدم القصاص من قاتله ؟

أما الآيات التى يشير إليها القائلون بعدم القصاص من المسلم للذمى فإنها جاءت كلها فى سياق ذكر أحكام الآخرة . ومثل هذه الآيات لا يصح أن تكون أساساً للتمييز بين الناس فى الأحكام الدنيوية[٤١] .

ومما يؤيد رأى الأحناف أن المسلم يقطع إذا سرق مالاً مملوكاً للذمى ، ويقرر الفقهاء هذا الحكم حماية لمال الذمى ، وليس من شك فى أن حياة الذمى أولى بالحماية من ماله ، ومن غير المنطقى أن نفرض حماية على المال تبلغ العقاب على سرقته بقطع اليد ، ثم نترك الدم بلا حماية جنائية على الإطلاق بحجة عدم المساواة فى الدين !

وعلى أساس هذه الحجج – وغيرها – يؤيد معظم الباحثين المعاصرين رأى الأحناف فى وجوب قتل المسلم إذا اعتدى هو بالقتل على الذمى : أى أنهم لا يفرّقون – بسبب اختلاف الدين – بين المواطنين فى الدولة فى النتائج الجنائية المترتبة على أفعالهم ، ولا شك أن هذا الرأى يتفق مع المبادئ المسلم بها اليوم عالميًّا فى المساواة بين المواطنين فى تطبيق القانون الجنائى عليهم[٤٢] .

---

(٤١) انظر فى عرض هذه الآيات والاستدلال بها : ابن حزم ، المحلى جـ١٠ ص٣٤٧–٣٥٩ وفى انتقاد هذا الاستدلال : بدائع

(٤١) انظر فى عرض هذه الآيات والاستدلال بها : ابن حزم ، المحلى جـ١٠ ص٣٤٧ – ٣٥٩ فى انتقاد هذا الاستدلال بدائع الصنائع للكاسانى ، جـ٧ ص ٢٣٧ وما بعدها ، ورسالة الأستاذ الدكتور أحمد إبراهيم ، القصاص ، ص ١٢١ – ١٢٣ .

(٤٢) انظر فى ذلك : الدكتور أحمد إبراهيم ، الموضع السابق ، والمرحوم عبد القادر عودة ، جـ٢ ص ١٢٤ ، والمرحوم الشيخ محمود شلتوت ، المصدر السابق ذكره ، ص٣٩٣ – ٣٩٥ ، والمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، العقوبة ، ص ٣٨٦ . ونلاحظ أن مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى قد سكت عن هذه المسألة . ولا شك – عندنا – فى تطبيق الرأى المختار فى ظل نصوصه الواردة فى شأن القصاص .

١٠٠ - ٣ - القصاص من الوالد بولده :

فى الفقه الإسلامى رأيان حول جواز توقيع عقوبة القصاص على القاتل إذا كان المجنى عليه هو ولد هذا القاتل : فيرى الأحناف والشافعية والحنابلة أن القاتل إذا كان أصلاً للمقتول (والداً أو جداً) فإنه لا يقتص منه لقتله ؛ وإنما تجب فى ماله الدية(٤٣).

ويرى المالكية أن الوالد يقتص منه لقتله ولده متى ثبت أنه تعمد القتل ، أما إن كان فعله يحتمل قصد القتل ، ويحتمل غيره كالقصد إلى التأديب أو الزجر فإنه لا يقتل الوالد بولده(٤٤).

ويؤيد فقهاء المذاهب الثلاثة رأيهم بحجج أهمها حديث يروى عن رسول الله ﷺ : «لا يقاد من والد بولده» . وفى رواية للترمذى والدارمى «لا تقام الحدود فى المساجد ، ولا يقاد بالولد الوالد»(٤٥).

ومن حجج هذا الرأى أيضاً أن القصاص شرع لمنع القتل ، والوالد لا يحتاج إلى زاجر عن قتل ولده ؛ لأن له فى شفقته عليه وعاطفته نحوه ما يمنع من مجرد التفكير فى قتل ولده . ويقولون أخيراً : إن الوالد هو سبب إيجاد الولد ، فكيف يكون الولد سبباً فى موت أبيه(٤٦) ؟ .

والواقع أن هذه الحجج كلها لا تصلح لتأييد القول بعدم القصاص من الوالد بقتل ولده : ذلك أن الحديث الذى أشرنا إليه ضعَّفه علماء الحديث : فضعَّفه ابن العربى فى تفسيره ؛ وضعَّفه القرطبى أيضاً ، ونقل عن الترمذى قوله «لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده بصحيح»(٤٧) ، وقد روى الترمذى حديثاً آخر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن سراقة بن مالك قال : «حضرت رسول الله ﷺ يقيد الأب من ابنه ، ولا يقيد الابن من أبيه» وضعف الترمذى هذا الحديث أيضاً(٤٨) فلا حجة فى الحديث ، برواياته هذه ، على عدم القصاص من الوالد بولده .

أما الحجتان الأخريان فهما لا تثبتان شيئاً ولا تنفيانه . وإذا صح - وهو صحيح - أن الوالد تمنعه شفقته على ولده من قتله فماذا نصنع بأب فقد هذه العاطفة وقتل ولده ؟ إن هذا هو الفرض الذى

---

(٤٣) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٢٣٥ ، أحكام القرآن ، جـ ١ ص ١٤٤ ، النووى منهاج الطالبين ، جـ ٤ ص ٢١٧ ، والمغنى ، المصدر السابق ص ٢٨٥ - ٢٨٦ .

(٤٤) الباجى ، المنتقى شرح الموطأ جـ ٧ ص ١٠٥ ، وهذا هو الرأى المفتى به فى المذهب ، وذهب أشهب إلى مثل قول الجمهور .

(٤٥) انظر مشكاة المصابيح ، جـ ٢ ص ٢٦٣ .

(٤٦) الدكتور أحمد محمد إبراهيم ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ - ١٠٨ . والشيخ محمود شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٣٩٨ .

(٤٧) ابن العربى ، أحكام القرآن جـ ١ ص ٢٨ ، وتفسير القرطبى ، جـ ٢ ص ٢٤٩ .

(٤٨) انظر المشكاة ، الموضع السابق .

يجب أن نجيب عليه ، وهو مع شذوذه يقع فى الحياة العملية ، فهل نقرر القصاص من الوالد أو نتركه ؛ لأنه – بطبيعة الأبوة – لا يسوغ أن يقتل ولده ؟

ومن ناحية أخرى فإننا نرى فى الحجة الأخرى مغالطة بينة : فإن الولد – فى حالة الاعتداء عليه بالقتل – ليس هو سبب إزهاق روح أبيه ؛ وإنما يقتل الأب عقاباً على إرتكابه جريمة القتل . وإذا لم يكن جرم الأب الذى يقتل ولده أشد من جرم من يقتل من لا تربطه به رابطة قرابة – فإنه لا يجوز أن يقال : إنه أقل منه(٤٩) .

ولذلك فإننا نرى صحة قول المالكية بوجوب القصاص من الوالد بقتل ولده لعموم الأدلة الموجبة للقصاص .

وقد أيد هذا الرأى – أيضاً – الباحثون المعاصرون(٥٠) ، ومما يلاحظ فى هذا الخصوص أن للأم حكم الأب فى نظر أصحاب الرأيين السابقين ، فمن رأى قتل الأب بولده قصاصاً قال : تقتل الأم به أيضاً ؛ ومن قال : لا يقتل به قصاصاً قال : لا تقتل الأم أيضاً .

ولم يعرض مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى لهذه المسألة بين ما أورده من أحكام القصاص . وفى نظرنا أنه كان من الأوفق أن يتضمن المشروع نصاً يحسم هذا الخلاف الفقهى ، ويقرر أن صلة الأبوة غير مانعة من القصاص . ولعل ذلك أن يتدارك عند مناقشة مشروع القانون فى مجلس الشعب المصرى قبل إقراره .

ومما يجدر ذكره أن الرأى الذى رجحناه هنا وفى المسائل الأخرى المختلف فى جواز القصاص فيها – كما يسرى على القصاص فى القتل – يسرى أيضاً على القصاص فى الجروح .

١٠١ – تشريع القصاص فى الدول العربية :

لا يزال القصاص بأحكامه المقررة فى مذهب الإمام أحمد بن حنبل هو المطبق فى جرائم القتل والجرح فى المملكة العربية السعودية . وكان مطبقاً كذلك فى غيرها من البلاد العربية حتى صدرت المدونات العقابية الحديثة فيها .

وقد ثار فى مصر خلاف حول مدى إمكان تطبيق القصاص فى ظل قانون العقوبات المصرى الصادر سنة ١٩٣٧ (القانون الحالى) وفى ظل قوانين العقوبات السابقة عليه .

وقد دافع الأستاذ الدكتور أحمد إبراهيم فى رسالته التى تكررت الإشارة إليها عن جواز تطبيق

(٤٩) فى مثل هذا المعنى : الشيخ محمود شلتوت ، المصدر السابق ، والدكتور أحمد إبراهيم ، المصدر السابق .

(٥٠) انظر المصدرين السابقين . ولم يُبد فى المسألة رأياً كلٌ من المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة والمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة .

القصاص فى ظل أحكام قانون العقوبات المصرى ، بناء على نص المادة السابقة من هذا القانون والتى نصها : «لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء» . وقد ذهب الدكتور أحمد إبراهيم إلى أن «جريمة القتل والجرح يتولد عنهما جريمتان : الأولى شخصية عقوبتها القصاص ، والأخرى جريمة عامة نص المشرع على عقابها فى باب القتل والجرح . وهذه الحالة تعتبر حالة تعدد معنوى يعاقب فيه على الجريمة الأشدّ وفقاً لنص المادة ٣٢ من قانون العقوبات . ويكون من أثر ذلك أن يقتص من الجانى ، لأن القصاص هو العقوبة الأشد . وإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب عوقب الجانى بالعقوبات الأخرى التى قررها المشرع الوضعى»(٥١) .

وعلى الرغم من وجاهة الحجج التى ساقها الأستاذ الدكتور أحمد إبراهيم للتدليل على رأيه وتفنيد الرأى القائل بعدم جواز تطبيق القصاص فى ظل الأحكام الحالية لقانون العقوبات المصرى فإن الفقه الجنائى فى مصر ، والقضاء المصرى لم يستجيبا إلى هذا الرأى ، بل إنه مما يجب أن يسجل — بأسف — أنه حتى الباحثين المعاصرين فى الفقه الجنائى الإسلامى لم يعنوا بهذا الرأى العناية الكافية . ولذلك قلنا من قبل(٥٢) : إنه إذا أريد تطبيق أحكام القصاص فلابد أن يصدر بذلك تشريع مستقل معدل لأحكام قانون العقوبات المصرى . واستبعدنا — فى ظل الظروف التى كانت سائدة وقتئذ — صدور مثل هذا التشريع . وكان البعض يرى أنه فى حالة تعديل قانون العقوبات المصرى فإن المتوقع هو إلغاء نص المادة ٧ منه لا إدخال أحكام القصاص فيه . باعتبار أن هذا النص أريد به إرضاء الشعور الدينى لغالبية الشعب المصرى . وقد أصبح ذلك — فى نظر البعض — أمراً لا حاجة إليه ، ومن ثم فلا داعى لبقاء هذا النص(٥٣) .

وقبل أن تمضى خمس سنوات على ما قلناه من وجوب صدور تشريع معدل لأحكام قانون العقوبات إذا ما أريد تطبيق أحكام القصاص كان أمام لجنة الاقتراحات فى مجلس الشعب المصرى مشروع الدكتور إسماعيل معتوق بتعديل أحكام قانون العقوبات المصرى ، ويتضمن فى المواد ٢٣٠ إلى ٢٣٧ أحكام القصاص فى القتل وفى الجروح .

وعلى الرغم من الانتقادات التى رأينا إبداءها على نصوص هذا المشروع فى عدد من المواضع

---

(٥١) القصاص فى الشريعة الإسلامية ، ص ٣٤ ، وانظر مناقشة تفصيلية للرأى القائل بعدم جواز تطبيق القصاص فى الصفحات ٢٥ — ٣٣ . وينقل المؤلف عن الدكتور على صادق أبو هيف ، والأستاذ أمين أفرام البستانى قولهما بجواز تطبيق أحكام القصاص فى ظل قانون العقوبات المصرى .

(٥٢) انظر رسالتنا للدكتوراه المشار إليها سابقا ص ١٧٨ .

(٥٣) قارن : الدكتور أحمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم ، القاهرة ١٩٥٩ ، ص ١١٥ — ١١٦ .

فإنه يعتبر خطوة ذات دلالة واضحة على اتجاه جديد نحو الاهتمام بتطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية ، لا فى القصاص وحده ، بل فى جميع أنواع الجرائم والعقوبات على النحو الذى قدمنا بيانه فى مقدمة هذه الدراسة .

ولسنا نظن – فى الظروف الحالية – أن تطبيق هذه التعديلات ، وتعديل التشريع القائم على أساس الأحكام الجنائية الإسلامية سيتم فى يسر أو فى سرعة . ومع ذلك فقد رأينا ما استبعدناه – وظنه البعض مستحيلاً – منذ بضع سنين ، وقد أصبح مطلباً ملحًّا على المستويات الرسمية والشعبية فى وقت واحد . ومن يدرى ؟ لعلنا نرى غداً هذا المطلب أكثر أنصاراً ، وأدنى قبولاً . ونرى بعد ذلك ما نعدّه اليوم أمنية بعيدة وقد أضحى حقيقة واقعة .

١٠٢ – القصاص والدية بين العقوبة والتعويض :

أشار بعض الباحثين من المستشرقين إلى أن النظرة إلى كيفية معالجة القصاص والدية وأحكامهما فى كتب الفقه الإسلامى توحى بأن القتل يعالج فى نظر هذا الفقه باعتباره عملاً ضارًّا ، أو خطأً مدنيًّا Tort – أكثر مما يعالج باعتباره جريمة أو فعلاً مستوجباً للعقاب Crime (٥٤)

وفكرة التمييز بين الخطأ المدنى الذى يستوجب تعويضاً مالياً هدفه إصلاح الأضرار التى سببها المخطئ للمضرور ، وبين الجريمة التى تستوجب عقوبة تقتضيها الدولة من الجانى ، فكرة مستقرة فى النظم القانونية المعاصرة على الرغم من حداثتها النسبية ، ومستقرة كذلك فى فقه الشريعة الإسلامية .

فالمسئولية المدنية تعرف فى القانون الإنجليزى بأنها « المسئولية الناشئة عن الإخلال بواجب قانونى نحو شخص أو أشخاص معينين ؛ ويترتب عليها تعويض يدفعه المسئول عن الفعل الضار لمن أصابه الضرر » (٥٥) .

وتتميز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية بأن الجريمة – وهى سبب المسئولية الجنائية – خطأ يتضمن جزاؤه عقوبة مرتكبه (٥٦) على حين أن الهدف الأساسى من تقدير المسئولية المدنية هو تعويض المضرور بإجبار من ارتكب الفعل الضار على دفع مقابل لهذا الضرر (٥٧) .

---

(٥٤) Anderson, J.N.D., Homicide in Islamic Law, B.S.O.A.S, London, P. 811-818, and, Islamic Law in Africa, London, 1970, p. 198-218.

(٥٥) Winfield, On Tort, (8th Ed.), London 1967, p. 3;
Clerk & Lindsell, Torts, (13 th Ed.), London 1969, P. 1.

والترجمة فى المتن بتصرف يناسب النقل إلى اللغة العربية

(٥٦) Kenny, Outlines of Criminal Law, (16th Ed.) 1952, P. 539

(٥٧) Fleming, Law of Tort, (3rd Ed.) Sydney, 1965, P.2

ومن ثم فإنه يمكننا أن نقول : إن التمييز بين الجريمة والفعل الضار يبدو – بصفة أساسية – فى الهدف الذى يرمى إليه اتخاذ الإجراءات القضائية : فكلما كان الهدف من الإجراءات القضائية تعويض من أصابه الضرر نتيجة خطأ ارتكبه آخر كنا بصدد مسئولية مدنية عن الفعل الضار ، وكلما كنا بصدد إجراء قضائى يرمى إلى أن تقتضى الدولة حقها فى العقاب ، من شخص خالف القانون دون نظر إلى من أصابه الفعل المخالف للقانون بالضرر – كنا بصدد فعل يعتبره القانون جريمة والمسئولية عنه مسئولية جنائية .

وليس من شأن للمجنى عليه بتنفيذ الحكم الصادر بالعقوبة فى حالة المسئولية الجنائية ، وهو لا يفيد منه فائدة مادية . على حين يتم لمصلحته تنفيذ الحكم الصادر بالتعويض فى حالة المسئولية المدنية ، فيفيد من ذلك إصلاحاً للضرر الذى ألحقه به الخطأ المدنى .

وقد يتضمن الحكم الجنائى الحكم بتعويض مدنى للمجنى عليه فى الجريمة ، ومع ذلك فإنه يتعين أن نميز بين التعويض المدنى هنا ، والتعويض المدنى فى حالة الفعل الضار : فالتعويض المدنى الذى يُقْضَى به لمن أصابته الجريمة بضرر ما يُقضى به دائماً بالإضافة إلى العقوبة الجنائية . ولا يجوز فى حالة الضرر الناشئ عن الجريمة أن يكون هدف الإجراءات القضائية هو فحسب تعويض المجنى عليه ؛ وإنما يكون ذلك فى حالة المسئولية المدنية عن الفعل الضار(٥٨) .

فإذا نظرنا إلى أحكام القصاص والدية – على ضوء ما تقدم – فإننا نجد أن المجنى عليه فى جرائم القصاص والدية – أو أولياءه فى حالة القتل – تثبت له ثلاثة حقوق : أن يطلب توقيع القصاص على الجانى ، أو أن يتزل عن الحق فى طلب توقيع القصاص ويطلب الدية ، أو أن يعفو عن القصاص والدية (إذا صح أن نسمى هذا الأخير حقاً بالمعنى الفنى) .

وفيما يتعلق بالحق فى طلب القصاص يرى الرأى السائد فى الفقه الإسلامى أن ذلك لأولياء المجنى عليه فى جريمة القتل ؛ وللمجنى عليه نفسه فى جرائم الجرح . وأن المجنى عليه – أو وليه – إذا كان قادراً على استيفاء القصاص بلا حيف فلا يجوز أن يحال بينه وبين ذلك .

ويستند هذا الرأى على تفسير قوله تعالى : (ومن قُتِلَ مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سلطاناً فلا يسرف فى القتل إنه كان منصوراً) الإسراء – ٣٣ ففسر الفقهاء كلمة « السلطان » التى وردت فى نص هذه الآية

---

(٥٨) Winfield. On Tort o P. cit., p. 6

وانظر فى التمييز بين المسئولية المدنية والجنائية فى الفقه المصرى والفرنسى دكتور محمد إبراهيم دسوقى تقدير التعويض ، (رسالة دكتوراه من الإسكندرية) ١٩٧٢ . ص ٧٩ وما بعدها .

(٥٩) المغنى ، جـ ٨ ص ٣٠٧ ، بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٢٤٢ وما بعدها ، الأم ، جـ ٦ ص ١٧ ، وشرح الحطاب على مختصر خليل ، جـ ٦ ص ٢٥٠ .

الكريمة على أنها تعنى حق المجنى عليه أو وليه فى تنفيذ القصاص . ولا شك أن هذا التفسير يجعل نظام القصاص أقرب إلى نظام الانتقام الفردى والعقوبة الخاصة التى عرفتها الشرائع القديمة ، منه إلى نظام الجريمة والعقوبة الذى أقرته الشريعة الإسلامية والمستقر فى النظم الجنائية المعاصرة .

ولكن هذا التفسير المشار إليه ليس هو التفسير الوحيد ، فضلاً عن أنه ليس – فى نظرنا – التفسير السديد : فقد ذهب القرطبى والرازى إلى أن السلطان المشار إليه فى هذه الآية هو حق «طلب» تنفيذ القصاص ، وليس حق تنفيذ القصاص ، ورأوا أن تنفيذ القصاص من سلطة الحاكم (أو القاضى) وليس من سلطة المجنى عليه أو وليه .

بل لقد ذهب بعض المفسرين إلى أن قوله تعالى : (فلا يسرف فى القتل) موجه إلى ولى المقتول ليمنعه من قتل القاتل الذى هو من اختصاص الحاكم[٦١].

فإذا أضفنا إلى ذلك أن الأمر بالقصاص موجه إلى الأمة كلها : (يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى . . .) وأن الواجبات فى النظام القانونى الإسلامى : منها الفردى الذى يمكن كلّ إنسان وحده أن يقوم به كفروض العبادات وما إليها ، ومنها الجماعى الذى يجب أن يقوم به ممثلون عن الجماعة كتنفيذ العقوبات وحماية الثغور ، وأن القصاص من هذا القسم[٦٢] ، يتبين لنا أن القول بحق المجنى عليه أو وليه فى تنفيذ القصاص بنفسه قول غير صحيح . وأخذاً بما قدمنا فإن الباحثين المعاصرين يؤيدون القول بأن تنفيذ أحكام القصاص إنما هو من شأن السلطة المختصة بتنفيذ الأحكام الجنائية بوجه عام : فشأن القصاص ، شأن العقوبات الأخرى يصدر بها حكم القضاء ، ثم تتولى سلطات التنفيذ تنفيذها[٦٣].

وفيما يتعلق بحق المجنى عليه أو وليه فى النزول عن القصاص مقابل حصولهم على الدية من الجانى ، فإنه هنا تبدو فكرة التعويض المدنى بصورة واضحة :

ذلك أن الدية – فى حقيقتها – تعويض يدفعه الجانى إلى المجنى عليه أو أوليائه مقابل ما نتج عن اعتدائه من ضرر . ويبدو ذلك بصورة واضحة حين يتم الاتفاق على الدية خارج مجلس القضاء ،

(٦٠) تفسير القرطبى ، جـ ٢ ص ٢٤٥ ، ٢٥٦ . وانظر أيضاً الشيخ شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥ – ٣٨٨ حيث يشير إلى أن هذا هو رأى الرازى والإمام محمد عبده .

(٦١) ابن الجوزى ، زاد المسير فى علم التفسير ، جـ ٥ ص ٣٣ حيث نسب هذا القول إلى الزجّاج .

(٦٢) محمود شلتوت ، المصدر السابق ص ٣٨٦ .

(٦٣) انظر : شلتوت ، الموضع السابق ، أحمد إبراهيم ، ص ٢١٥ – ٢١٨ ، عبد القادر عودة ، جـ ٢ ص ١٥٥ ، أحمد الشرباصى ص ١٣٤ وما بعدها ، سيد سابق ، فقه السنة ، جـ ١٠ ص ٦١ – ٦٣ (طـ الكويت ١٩٦٨) .

وعلى مبلغ من المال أكبر أو أقل من المبلغ المقرر أصلاً كدية للنفس أو للجرح(٦٤).

أما فيما يتعلق بحق المجنى عليه – أو أوليائه – فى العفو عن القصاص بغير مقابل – دون طلب الدية – فإن الفعل هنا – الاعتداء على النفس أو الجسم – يبدو وكأنه ذو طبيعة مدنية بحتة ؛ إذ يقرر الرأى الغالب فى الفقه الإسلامى أنه لا يجوز توقيع عقوبة ما على الجانى فى هذه الحالة(٦٥)، غير أن مذهب الإمام مالك يجيز توقيع عقوبة تعزيرية على الجانى جزاء تعديه . وليس ذلك فى حالة العفو فقط ، بل فى كل حالة امتنع فيها القصاص(٦٦) ، وهنا تعود إلى الظهور فكرة الجريمة التى تستوجب عقاباً أكثر من فكرة الخطأ المدنى المستوجب تعويضاً ماليًّا(٦٧).

ومن هنا نستطيع أن نقول : إن أحكام القصاص والدية فى الفقه الجنائى الإسلامى أحكام ذات طبيعة مزدوجة ، تبدو فى بعض أجزائها فكرة المسئولية الجنائية البحتة ، ويظهر القصاص كعقوبة واجبة جزاء لجريمة مرتكبة . وتبدو فى البعض الآخر فكرة المسئولية المدنية بما تستوجب من تعويض المضرور عن الضرر الذى ألحقه به خطأ الغير أو فعله الضار . وليس صحيحاً – فى نظرنا – الرأى الذى يذهب إلى اعتبار الدية عقوبة فى كل حالة – بالإضافة إلى كونها تعويضاً للمجنى عليه – تأسيساً على تحديدها بنصوص الشريعة ؛ لأن من المتفق عليه أن المجنى عليه أو أولياءه يمكنهم التصالح مع الجانى على أكثر أو أقل من الدية – كما قدمنا – ولأن العقوبة المالية – الغرامة أو المصادرة – تعود المصلحة فى توقيعها إلى الدولة التى يؤول إليها المال المحكوم به كغرامة أو مصادرة وذلك غير قائم فى خصوص الدية(٦٨).

ومن الجدير بالذكر أن بعض النظم الجنائية المعاصرة قد أخذت نحو الاتجاه إلى تقرير تعويض للمصابين فى جرائم الأشخاص ولأسر المجنى عليهم فى جرائم القتل . ويعتبر هذا التطور أحدث ما قررته النظم الجنائية المعاصرة فى شأن معالجة جرائم الاعتداء على الأشخاص :

فقد اقترح فى بريطانيا أن يكون للمحكمة الجنائية حق الحكم على الجانى فى جرائم الاعتداء على الأشخاص بتعويض يدفعه الجانى إلى المجنى عليه فى مقابل إصابته التى أحدثها الاعتداء ، أو ما يكون قد لحق أملاكه بسبب الجريمة من إتلاف(٦٩).

---

(٦٤) ذهب أيضا إلى اعتبار الدية تعويضاً مدنيًّا بحتاً الدكتور محمد إبراهيم دسوقى ، المرجع السابق ، ص ٦١ – ٦٢ .

(٦٥) انظر المراجع الفقهية السابقة الإشارة إليها فى هذا الفصل .

(٦٦) شرح المواق على مختصر خليل ، جـ ٦ ص ٢٦٨ .

(٦٧) Anderson, Homicide in Islamic Law, p. 818

(٦٨) أنظر فى هذا الرأى : عبد القادر عودة ، جـ ١ ص ٦٦٨ – ٦٦٩ .

(٦٩) Criminal Justice Bill, 1971.

وقد سبق أن نوقشت هذه الفكرة ذاتها فى تقريرين عن معاملة المجنى عليهم فى جرائم العنف قُدّما إلى مجلس العموم البريطانى فى عامى ١٩٦١ و ١٩٦٤ . وكان الاقتراح عندئذ أن تتولى الدولة دفع تعويض مناسب للمجنى عليهم فى جرائم العنف(٧٠).

وقد أنشئ فى إنجلترا مجلس لتعويض المجنى عليهم فى جرائم العنف منذ سنة ١٩٦١ ، ويدفع المجلس تعويضات محددة إلى المجنى عليهم فى هذه الجرائم بناء على طلب يقدمه المجنى عليه . والمجلس مكون من ثمانية من القانونيين ذوى الخبرة فى تقدير التعويض . وتتولى الدولة دفع التعويضات التى يقررها المجلس . وقد أنشأتْ هذا المجلسَ وزارةُ الداخلية فى إنجلترا فى يونية ١٩٦١(٧١).

وفى سنة ١٩٦٤ أصدرت حكومة نيوزيلندة قانوناً لتعويض المجنى عليهم فى جرائم العنف ، وصدرت قوانين مماثلة فى عدد من الولايات المتحدة الأمريكية(٧٢).

وهكذا فإن ما بدا غريباً من مسلك الشريعة الإسلامية للباحثين الغربيين أصبح الآن هو مقصد المشرعين الغربيين أنفسهم ، بل أصبح – بصورة فيها بعض الاختلاف – مقرراً فى النظم الجنائية الغربية ذاتها .

---

(٧٠) Cmd. 1406 and 2323, H.M.S.O. 1961 & 1964.

(٧١) Hall Williams, The English Penal System in Transition, 1970, p. 296.

(٧٢) Ibid.

الباب الرابع

جرائم التعزير وعقوباتها

١٠٣ - تمهيد وتعريف :

عرف الفقه الجنائى الإسلامى ثلاثة أنواع من العقوبات ، أو ثلاثة تقسيمات لأنواع العقوبات . فهناك عقوبات الحدود ، وعقوبات القصاص ، وعقوبات التعازير ، ولكل نوع من هذه الأنواع نطاق تطبيقه ، وشروطه أو الضمانات التى يحاط بها توقيعه . ويعتبر أهم مايميز هذه الأنواع أحدها عن الآخر هو النص المقرر للعقوبة : فإذا كانت العقوبة مقررة ومقدرة سلفاً (قبل وقوع الفعل المعاقب عليه بها) بنص فى القرآن الكريم أو السنة النبوية ، كنا بصدد عقوبة من عقوبات الحدود أو القصاص . فهى عقوبات مقدرة لامجال لتعديلها بالزيادة فيها أو النقص منها .

أما إذا كانت العقوبة مقررة فحسب - وليست مقدرة (أو محددة) - فإننا نكون بصدد عقوبة من عقوبات التعزير . ومن ثم عرف الفقهاء التعزير بأنه «عقوبة غير مقدرة تجب حقًّا لله تعالى أو لآدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة»[١] ولفظ الحد هنا يأتى بمعنى التقدير وليس بمعناه الاصطلاحى كعقوبة محددة لأفعال معينة وردت بتحديد عقوبتها نصوص القرآن أو السنة : كالسرقة والحرابة والزنى وغيرها . وبذلك فإن الجرائم التى عقوبتها القصاص لايعاقب عليها تعزيراً - إلا فى حالات خاصة باعتبار التعزير عقوبة إضافية أو بدلية كما سيأتى فيما بعد[٢] .

والتعزير فى اللغة مأخوذ من عزر وعزّر بمعنى مَنَعَ ، وأدَّب ، وَوَقَّرَ . فهو من ألفاظ الأضداد ، ويستعمل كذلك بمعنى النصرة . قال تعالى (لتعزِّروه وتوقِّروه) ومن المنع سميت العقوبة غير المقدرة تعزيراً ؛ لأنها تمنع الجانى من معاودة الفعل المعاقب عليه[٣] .

وللتعزير أهمية خاصة فى الفقه الجنائى الإسلامى : فإن جرائم الحدود معدودة لاتجاوز سبعاً - فى أوسع الأقوال - وأربعاً - فى أضيقها - وجرائم القصاص هى جرائم الاعتداء على النفس بالقتل أو الجرح أو الضرب . وما وراء هذه الجرائم فعقابه يدخل فى نطاق التعزير ، وبعبارة أخرى فإن التعزير هو أوسع أنواع العقوبات نطاقاً فى الفقه الجنائى الإسلامى ، وهو لمرونة قواعده التى سنعرض لها فى

(١) وقد تختلف عبارة بعض الفقهاء عن ذلك فى تعريفه اختلافاً يسيراً ، راجع فى التعريف المتقدم المبسوط للسرخسى جـ٩ ص ٣٦ .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك رسالتنا .
The Theory of Punishment in Islamic Law
A comparative study, University of London, 1972, (unpub.) p. 196-8.

(٣) محمد بن أبى الفتح البعلى الحنبلى ، المطلع على أبواب المقنع ص ٣٧٤ ط - المكتب الإسلامى (بدون تاريخ) .

ثنايا هذا البحث من أصدق الأدلة على صلاحية الجانب الجنائى فى الشريعة الإسلامية للتطبيق فى عصرنا هذا ، وفى كل العصور[٤] .

ولقد ذهب بعض الكاتبين – من المستشرقين – إلى أن « القرآن لايحوى أية إشارة إلى التعزير ، وفى السنة قليلٌ جدًّا من العناية به »[٥] ولقد دعانا هذا إلى بحث دليل تقرير العقوبة التعزيرية فى القرآن والسنة ، أو بتعبير الفقهاء الأصل فى التعزير . وهو مانفرد له الجزء التالى من هذا البحث ، ثم نعرض بعد ذلك لأنواع العقوبات التى توقع تعزيراً ، وللسلطة التقديرية للقاضى ومدى إطلاقها فى خصوص استحداث أنواع جديدة من العقوبات أو الجرائم ، ونلقى فى أثناء هذه البحوث نظرة عامة على مكان التعزير فى السياسة الجنائية ، كما يتصورها الفقه الإسلامى ، وموضع ذلك من النظريات الحديثة فى علم العقاب .

١٠٤ – التعزير فى القرآن الكريم :

لم ترد كلمة التعزير فى القرآن أو السنة مقصوداً بها معناها الاصطلاحى الذى عرفه الفقه الجنائى الإسلامى والذى نقلناه فيما تقدم . ومع ذلك فقد أشار القرآن وأشارت السنة إلى أفعال ورد الأمر بالعقاب عليها – أى تعتبر سلوكاً إجراميًّا مما يخضع للعقاب – دون أن تحدد لها عقوبة معينة ، فكان أمر تحديد هذه العقوبة وتوقيعها وتنفيذها متروكاً للقاضى أو الحاكم يرى فيه رأيه فى ضوء الأصول العامة للشريعة الإسلامية ، والأحوال الاجتماعية ، وظروف الجانى والفعل المرتكب .

وفى الوقت نفسه أشار القرآن الكريم وأشارت السنة النبوية إلى أفعال وصفت بوصف المعصية دون أن يُحَدَّد لأى من هذه الأفعال عقابٌ محدَّدٌ فكان أمر العقاب عليها ، تقريره ، وتقديره ، وتنفيذه ، موكولاً أو مفوضاً إلى أولى الأمر فى الدولة المسلمة يرون فيه مايلائم المصلحة ، مصلحة الجماعة ومصلحة الأفراد . ولعله يحسن قبل أن نمضى فى بيان الأصل فى التعزير من القرآن والسنة أن نقرر أن كل معصية تعتبر فى نظر الفقه الإسلامى جريمة موجبة للعقاب : ذلك أن المعصية إنما هى ارتكاب محرم ، وكل فعل أو ترك محرم فى الشريعة الإسلامية يعتبر جريمة توجب أو تجيز عقاباً[٦] .

---

(٤) فصلنا القول فى هذه الناحية فى رسالتنا المشار إليها سابقاً فى الصفحات ٢٤٢ – ٢٤٩ .

(٥) W. Heffening, Encyclopaedia of Islam, (Old Ed.) vol. iv, P. 710, under "Ta'zir".

(٦) بيّنا ذلك فى مقالنا عن جريمة شرب الخمر وعقوبتها ، المجلة العربية للدفاع الاجتماعى ، العدد الخامس ١٩٧٣ ، ص ١٥٩ ، وقارن بذلك رأى الدكتور عبد العزيز عامر فى رسالته « التعزير فى الشريعة الإسلامية » الطبعة الثانية ١٩٥٦ ص ٦٦ – ٦٧ . ومن الجدير بالإشارة أن بعض الباحثين من المستشرقين يرون اعتبار المعاصى التى لم تحدد لها عقوبة ، أو لم تقرر لها عقوبة دنيوية – خارجة عن نطاق التجريم . ومرد هذا إلى غياب تصور المنطلق الذى يبدأ منه الفقه الجنائى الإسلامى ، ومدى الارتباط بين الأحكام القانونية فى الإسلام=

وليس من منافاةٍ بين هذه القاعدة المقررة فى الفقه الجنائى الإسلامى – أعنى قاعدة تطابق التحريم والتجريم – وبين قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات التى تقوم عليها التشريعات العقابية الحديثة : فمقتضى القاعدة الأخيرة أنه لاجريمة ولاعقوبة إلا بناء على نص . والنص المقرر للجريمة هنا هو ذلك الأمر أو النهى الذى خالفه فاعل المعصية . غير أن العقاب تعزيراً يتردَّدُ بين حدين أدنى وأعلى تقررهما القواعد المنظمة للعقوبات التعزيرية – على ماسوف نبينه فى كلامنا عن العقوبات التعزيرية – ومن ثَمّ فليس هناك خروج على قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ، بل هناك تطبيق مرن لها يتيح توفير الحماية القانونية للمصالح الاجتماعية بحيث لا يقف جمود النصوص حائلاً دون العقاب على الإخلال بهذه المصالح . وذلك هو الاتجاه الذى يؤيده جانب كبير من الفقه الجنائى الحديث[٧].

فإذا عدنا إلى القرآن الكريم بحثاً عن الأصل الذى يعتمد عليه فى إثبات شرعية التعزير وجدناه يقرر فى شأن الزوجات (واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً) سورة النساء – ٣٤ .

فهذه الآية تقرر جواز عقوبة المرأة التى يخاف زوجها منها نشوزاً بالأنواع الثلاثة من العقوبات المقررة فيها ، وبرغم أن هذه العقوبات قد حددت فى الآية ، ووردت مرتبة على النحو الذى يجب أن يراعى عند تطبيقها ، فإن تحديد النشوز (أو خوفه) الموجب للعقوبة وتحديد مقدار العقوبة ذاته – من كيفية الوعظ أو مدة الهجر أو غير ذلك – كل ذلك متروك لسلطة الزوج . وقد اعتبر بعض الفقهاء هذه الآية هى «الأصل فى التعزير»[٨] وهم يؤسسون هذا النظر على قياس الحاكم أو أولى الأمر فى الدولة المسلمة على الزوج فى البيت المسلم : فكما أعطِىَ الزوج حق القوامة فى بيته ، أعطِىَ أولو الأمر حق القوامة فى المجتمع كله . وسلطة الزوج المشار إليها فى الآية السابق ذكرها ترمى إلى حماية الأسرة مما قد يصدع بنيانها ، فللحاكم أو أولى الأمر سلطة مماثلة تهدف إلى حماية المجتمع كله مما قد يلحق الضرر به أو يؤدى إلى الفساد فيه .

وقد يمكن تأييد وجهة النظر هذه بالحديث الشريف «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته :

= وبين الأحكام الدينية والأخلاقية . راجع فى ذلك: مؤلف أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى «المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى» الطبعة الثانية بيروت ١٩٦٩ ص ٢٧٩ – ٢٨٣ . ورسالتنا The Theory of Punishment المشار إليها سابقاً فى الصفحة ٢٤٤ وما بعدها . أما اعتبار هذه المعاصى خارج دائرة الجريمة فى الفقه الإسلامى فيقول به الأستاذ Coulson أستاذ القانون الإسلامى بجامعة لندن فى كتابه A History of Islamic Law. فى الصفحة ١٤٢ وما بعدها من طبعة Edinburgh سنة ١٩٧١ .

(٧) انظر تقرير الدكتورة سلوى توفيق بكير عن مبدأ الشرعية المقدم إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية التى عقدها المركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية فى الفترة ما بين ٨ – ٩ من مايو ١٩٧٦ بالقاهرة .

(٨) الخطيب الشربينى ، مغنى المحتاج إلى شرح المنهاج ، الجزء الرابع ، ط القاهرة سنة ١٣٠٨ هـ ص ١٧٦ .

فالأمير الذى على الناس راع وهو مسئول عنهم ، والرجل راع على أهل بيته وهو مسئول عنهم . . . »[٩] غير أننا نعتقد أن هذه الآية الكريمة إنما تشير إلى تطبيق من تطبيقات العقوبات ، التعزيرية ، وليست هى الأصل فى تقرير هذه العقوبات ولسنا بذلك نشكك – أو نشك – فى مدى جواز استخراج قاعدة كلية من استقراء بعض أحكام الوقائع الجزئية ؛ فذلك أمر مسلم به فى الفقه الإسلامى بوجه عام ، بل إن قواعد أصول الفقه الحنفى قد استخرجت كلها – أو جلها – بهذه الطريقة[١٠] غير أننا لانلجأ إلى هذه الطريقة إلا فى غياب النص – من القرآن أو السنة – على القاعدة الكلية أو الأصل العام الذى نبحث عنه . أما إذا وجدنا هذا النص فإن النصوص التى تعالج حالات جزئية ينحصر دورها – فى رأينا – فى اعتبارها تطبيقات للنص المقرر للأصل العام ، تبين المراد منه ، وتعين على فهم كيفية تطبيقه وتؤكد مضمونه .

ونجد فى سورة النساء أيضاً تطبيقاً آخر من تطبيقات العقوبات التعزيرية ، وذلك فى قوله تعالى بعد أن ذكر عقاب النساء اللاتى يأتين الفاحشة (واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان تواباً رحيماً) النساء – ١٦ . فهذه الآية تقرر فى مذهب فريق من المفسرين والفقهاء عقوبة إتيان الرجال « أو الشذوذ الجنسى »[١١] والأمر بالعقوبة هنا موجه إلى أولى الأمر فى الدولة المسلمة ، القائمين على تطبيق القوانين فى هذه الدولة . وليس فى الآية الكريمة بيان نوع العقوبة ، ولامقدارها ولا كيفية تنفيذها ، وهى من ثم عرضة للتباين والاختلاف من زمان إلى زمان ، ومن مكان إلى مكان ، بل وعلى حسب اختلاف أشخاص الجناة ، والظروف التى ترتكب فيها الجريمة ، وهذا هو الشأن فى عقوبات التعزير جميعاً .

ولا يقف الأمر فى النصوص القرآنية عند هذه التطبيقات الواضحة لنظام العقوبات التعزيرية ، ولكن آية أخرى فى كتاب الله تقرر المبدأ العام الذى يؤسَّس عليه فى الفقه الجنائى الإسلامى نظامُ التعزير كله . تلك هى قول الله تعالى : (وجزاء سيئةٍ سيئةٌ مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين) الشورى – ٤٠ فهذه الآية الكريمة تقرر قاعدة عامة مجردة مفادها أن الشأن فى

---

(٩) الحديث متفق عليه ، انظر اللؤلؤ والمرجان للأستاذ محمد فؤاد عبد الباقى جـ ٢ طـ القاهرة ١٩٤٩ ص ٢٤٢ . ومشكاة المصابيح جـ ٢ ص ٣٢١ من ط المكتب الإسلامى بدمشق سنة ١٩٦١ بتحقيق المحدث ناصر الدين الألبانى .

(١٠) علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف الطبعة الثامنة – الكويت سنة ١٩٦٨ ص ١٨ . ومقدمة «أصول الفقه الإسلامى» لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى طـ بيروت سنة ١٩٧٤ ص ٤٠ – ٤١ .

(١١) تفسير ابن كثير ، جـ ١ ص ٢٦٤ طـ القاهرة (بدون تاريخ) وزاد المسير فى علم التفسير لابن الجوزى جـ ٢ ص ٣٤ من طبعة المكتب الإسلامى ببيروت ١٩٦٥ ، وفى ظلال القرآن للمرحوم الأستاذ سيد قطب جـ ٤ ص ٢٥٧ (وهو مطبوع ثمانى طبعات) . وقد ذكر الآراء الأخرى فى تفسير هذه الآية : الجصاص فى أحكام القرآن ، جـ ٢ ص ١٠٥ من طبعته الأولى بالآستانة .

السيئات أن يجازى عليها بسيئات مثلها ، وأن المسلم قد يعفو عن السيئة قصداً إلى الإصلاح ، وإيثاراً للآخرة ، وأجر من يعفو ويصلح مكفول عند الله سبحانه وتعالى . ومن فضّل العقوبة على العفو فإنَّ عليه ألا يجاوز بها القدر الضرورى منها ، وألا يزيد فيها على مثل الفعل المعاقب عليه ، وهو هنا النوع والقدر الذى يحقق الأهداف العقابية دون اشتراط المماثلة النوعية التى قد لاتكون ممكنة – ذلك كله – لأن الخروج عن هذه الحدود يُعد ظلماً والله لا يحب الظالمين(١٢).

وعلى هذا الفهم فى الآية الكريمة نجد الأسس العامة التى تحكم نظام التعزير ؛ كما بينها الفقهاء المسلمون مأخوذة فى الواقع من الأصول العامة فى القرآن الكريم ، ومن التطبيقات التى ذكرناها من كتاب الله ، والتى ثبت فيها النص على إيجاب أفعال معينة للعقاب عليها دون أن يحدد مقدار هذا العقاب – برغم تحديد أنواعه ، أو النص على العقاب مطلقاً دون ما تحديد لنوعه ولا لمقداره .

والخطاب فى هذه الآية الكريمة (وجزاءُ سيئةٍ سيئةٌ مثلُها) موجه لجماعة المسلمين بدليل السياق الذى وردت فيه هذه الآية : (والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون . والذين إذا أصابهم البغى هم ينتصرون . وجزاء سيئة سيئة مثلها . .) الشورى – ٣٨ – ٤٠ ومن المقرر أن الأحكام التى خاطب بها القرآن المسلمين على ضربين : أحدهما ما يمكن كلَّ فرد من الأمة أن يقوم به وحده ، والتكليف فيه يقع على كل فرد من أفراد الأمة على حدة ، والآخر مالا يمكن أن يقوم به الواحد من المسلمين ، ومن ثَم يقع التكليف به على عاتق الجماعة كلها ، ويمثلها فيه حكامها أو أولو الأمر فيها .(١٣) وإذا كان الخطاب فى الآيات السابقة خطاباً وصفيًّا يورد صفات المؤمنين – فإن التوجيه فيه إلى المحافظة على هذه الصفات والتمسك بها واضح بين . والجمع فى هذا الخطاب التوجيهى بين الواجب على الفرد – بصفته الفردية – كالصلاة والإنفاق ، وبين الواجب على الجماعة – بوصفها الجماعى – كالالتزام بالشورى والانتصار عند البغى والجزاء على السيئات فيه الإشارة التى لايخطئها النظر الصحيح إلى أن هذه الأمور متساوية فى ميزان الإسلام فى وجوب الحرص عليها والتمسك بها ، وإن كان الشأن فى بعضها أن يقوم بها كل فرد على حدته ، وفى بعضها الآخر أن يقوم بها فى الجماعة المسلمة – أوالدولة – من يناط به أمرها(١٤) .

---

(١٢) أشار المرحوم الشيخ شلتوت إلى هذه الآية على أنها من الآيات التى تنظم علاقات المسلمين بغيرهم . ونحن لا نشاركه فى هذا الرأى ، بل هى عندنا – قاعدة عامة من الأصول القرآنية التى تفهم على اطلاقها وعمومها ، كذلك فإن سياق الآية من سورة الشورى لا يؤدى المعنى الذى أشار إليه . انظر فى رأيه هذا : (الإسلام عقيدة وشريعة) القاهرة ١٩٥٩ ص ٣٥٨ ، وراجع أحكام القرآن للجصاص جـ٣ ص ٣٨٦ .

(١٣) راجع (الإسلام عقيدة وشريعة) للمرحوم الشيخ شلتوت ص ٣٣٨ – ٣٤١ .

(١٤) لم نر أحدا من الكاتبين فى موضوع التعزير يعتمد على هذه الآية من سورة الشورى فى تقرير الأصل القرآنى للتعزير . ولعل =

١٠٥ – التعزير فى السنة النبوية :

وإذا كان البيان المتقدم كافيا فى رد دعوى أن القرآن لم يذكر عن نظام التعزير شيئاً ، وفى بيان جانب من عناية النصوص القرآنية به – عنايتها بغيره من جوانب التشريع – فإن السنة تمدنا بمعين لاينضب من أفعال الرسول ﷺ وأقواله المقررة لقواعد التعزير ، والتى تتضمن تطبيقات له . ولعله من أهم البحوث التى يمكن الرجوع إليها فى هذا الصدد – تلك الخاصة بعقوبة الرسول ﷺ لشارب الخمر . وقد سبق لنا أن بيّنا كيف أن العقوبة التى وقعها الرسول ﷺ على الذين كانوا يشربون الخمر فى عهده كانت عقوبة تعزيرية ، وأن الرسول ﷺ فى عقوبته إياهم قد وضع قاعدة اختلاف العقوبات التعزيرية باختلاف أحوال الجناة وظروفهم . ولذلك فسنكتفى هنا بأمثلة من التعزيرات النبوية فى غير جريمة شرب الخمر ، ونحيل فى خصوصها إلى ماكتبناه سابقاً عن هذا الموضوع (١٥) .

أما فى غير جريمة شرب الخمر فإليك أمثلة من تعزيرات الرسول ﷺ :

١٠٥ – ١ – التعزير على الشطط فى التأديب :

روى الإمام أحمد وأبو داود أن صحابيًّا وجد غلاماً مع جارية فمثل به ، فأتى الغلام النبى ﷺ فسأله : «من فعل بك هذا ؟» فقال الغلام : (زنباع) وهو اسم سيده ؛ فدعا رسول الله السيد ، وسأله عن سبب تمثيله بالغلام ، فقص على رسول الله ماكان من أمره ، فقال ﷺ للغلام : «اذهب فأنت حر» .

فهذا تعزير بالمال مفاده تغريم الصحابى قيمة عبده الذى أعتقه عليه رسول الله ﷺ عقوبة له على تجاوزه الحد المباح لتأديب السيد عبده .

١٠٥ – ٢ – التعزير على ترك الجهاد :

روى البخارى ومسلم فى قصة الثلاثة الذين خلفوا فى غزوة تبوك – وهم كعب بن مالك ، ومرارة ابن ربيعة ، وهلال بن أمية – أن رسول الله ﷺ أمر المسلمين بهجرهم ، ثم أمر نساءهم بمثل ذلك .

= مثل هذا الإعراض عن بيان مآخذ الأحكام الفقهية من القرآن والسنة أحد أسباب وقوع كثير من المحدثين – مسلمين وغير مسلمين – فى إنكار وجود أصول قرآنية أو نبوية لكثير من الأحكام والنظم التى قررها الفقهاء المسلمون .

(١٥) راجع بحثنا عن «جريمة شرب الخمر وعقوبتها فى الشريعة الإسلامية» المنشور فى المجلة العربية للدفاع الاجتماعى العدد الخامس ١٩٧٣ ، ص ١٦١ – ١٦٥ . وكذلك رسالتنا للدكتوراه السابقة الإشارة إليها فى الفصل الثانى منها ص ٩٨ – ١١٠ .

وبقيت هذه العقوبة مطبقة حتى نزل قول الله تعالى فيهم : (وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى إذا ضاقت عليهم الأرض بما رحبت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا أنْ لاملجأ من الله إلا إليه ثم تاب عليهم ليتوبوا إن الله هو التواب الرحيم) سورة التوبة – ١١٨ ، وهذا تعزير بعقوبة الهجر وسنعرض لها تفصيلاً فيما بعد[١٦].

١٠٥ – ٣ – التعزير على سرقة لاتوجب الحدّ :

روى النسائى أن رسول الله قال فى الثمر المعلق – يعنى على شجره – «من خرج منه بشىء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يُؤْويه الجرين فبلغ ثمن الجن فعليه القطع »[١٧] وفى هذا الحديث أمر مطلق بالعقوبة دون تحديد لنوعها أو مقدارها . وكل عقوبة ورد بها الأمر مطلقاً على هذا النحو فهى تعزيرية ولايقال : إن العقوبة هنا المراد بها حد السرقة : ذلك أن توقيع عقوبة الحد شُرط – فى الحديث ذاته – بشرطين : أن تكون الثمار قد نقلت من شجرها إلى مكان حفظها وصيانتها ، وأن يبلغ ثمن المسروق منها ثمن الجن . أما الحالة الأولى فهى حالة الأخذ مطلقاً دون تحقق هذين الشرطين .

١٠٥ – ٤ – التعزير على منع الزكاة :

روى الحافظ أبو عبيد القاسم بن سلام بسنده أن رسول الله ﷺ قال فى شأن زكاة الإبل : «من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ، ومن منعها فإنا آخذوها ، وشطر إبله عزمة من عزمات ربنا ، لايحل لمحمد منها شىء »[١٨] . فأخذ شطر مال مانع الزكاة فى الإبل عقوبة تعزيرية أمر بها رسول الله ﷺ ، وقد جعل ابن قيِّم الجوزية هذا الحديث من أصول تعزيراته ﷺ التى تتغير بحسب اقتضاء المصلحة زماناً ومكاناً . فليس لازماً أن تطبق العقوبة المذكورة فى هذا الحديث على كل مانع لزكاة إبله ؛ وإنما توقيعها من الأمور التى يرى فيها الإمام – أو الحاكم – رأيه فى كل حالة على حدتها بحسب الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية فى الوقت الذى يقع فيه فعل منع الزكاة[١٩].

---

(١٦) راجع إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن قيم الجوزية جـ١ ص ٣٤٨ ط الحلبى بالقاهرة سنة ١٩٦١ لحديث إعتاق الغلام ، وزاد المعاد لابن قيم الجوزية أيضاً جـ٣ ص ١١ – ١٣ لحديث الثلاثة الذين خلّفوا .

(١٧) انظر لتمام الحديث مشكاة المصابيح بتحقيق ناصر الدين الألبانى جـ٢ ص ١٤٦ .

(١٨) الحديث فى كتاب الأموال للإمام الحافظ أبى عبيد القاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤ هـ وقد طبع هذا الكتاب الجليل بتحقيق الشيخ محمد خليل هراس ١٩٦٩ راجع ص ٥٢٠ .

(١٩) ابن قيم الجوزية ، إغاثة اللهفان جـ١ ص ٣٤٦ – ٣٤٧ .

١٠٥ – ٥ – التعزير على مماطلة المدين الموسر :

روى أبو داود والنسائى أن رسول الله ﷺ قال «ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته »[٢٠] ، وفى بعض روايات هذا الحديث «ليّ الواجد ظلم » و «مطل الغنيّ ظلم » وقد حض القرآن الكريم على تأجيل المدين المعسر : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) البقرة – ٢٨٠ .

وفى الناحية الأخرى لهذا التوجيه القرآنى الكريم نجد البيان النبوى يقرر أن تأخير سداد الدين مع القدرة عليه يجيز عقوبة المدين المماطل دون أن يبين نوع العقوبة ولا مقدارها .وعقوبة هذا شأنها ، وفى مثل الفعل الموجب لها – المماطلة فى أداء الدين – لابد أن تختلف من زمان إلى زمان ، ومن مكان إلى مكان ، وأن تختلف كذلك بحسب الفرد المرتكب لفعل المماطلة ، وقد يؤثر فى تحديد العقوبة كذلك حال الدائن نفسه إعساراً أو يساراً ، إذ مماطلة المعسر – أو الفقير – مع حاجته إلى ماله المحجوب عنه لدى مدينه فيها من الاضرار به ما لا يستوى مع الضرر الذى قد يلحق الموسر من المماطلة . وهكذا فإن هذا الحديث يقرر أيضاً عقوبة تعزيرية .

١٠٥ – ٦ – التعزير على الإساءة إلى قائد الجيش :

روى مسلم وأبو داود أن رسول الله ﷺ حرم رجلاً سلب قتيله فى غزوة مؤتة ، لأن المطالب بالسلب تلاحى مع قائد جيش المسلمين فيها – خالد بن الوليد – وساءه فى مجلس رسول الله ﷺ . فقال عليه السلام : «هل أنتم تاركو لى أمرائى ، لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره ؟ » وأبقى سلب القتيل – الذى استحقه قاتله – لخالد بن الوليد عقوبة لذلك المطالب به على إساءته إلى قائد جيشه . والأصل الشرعى هنا أن «من قتل قتيلاً فله سلبه » فعزر رسول الله هذا الصحابى بحرمانه من السلب تأديباً له على ملاحاته قائده . وليس من شك فى أن مثل هذه العقوبة التعزيرية تختلف – كالعقوبات قبلها – من زمان إلى زمان ، ومن واقعة إلى أخرى[٢١] . وتوقيعها – على كل حال – أصل يجيز توقيع العقوبة فى كل حالة مماثلة ، وعندئذ ينظر إلى الظروف المختلفة للفعل ومرتكبه وتحدد العقوبة على هذا الأساس .

---

(٢٠) مشكاة المصابيح جـ٢ ص ١١٢ .

(٢١) ابن قيم الجوزية ، إغاثة اللهفان ، جـ٢ ص ٣٤٧ .

١٠٥ – ٧ – خلاصة وتعليل :

ولعلنا بعد هذا العرض الموجز لهذه الأمثلة نستطيع أن نقرر أنه من الخطأ البيّن القول بأن السنة لم تشر إلى التعزير إلا فى حالات قليلة جدًا ، كما قررنا من قبل خطأ القول بأن القرآن لم يذكر شيئاً عنه . على أنه من المفيد هنا أن نسجل حقيقتين أساسيتين قبل أن نترك هذا الموضع من بحثنا فى التعزير :

الحقيقة الأولى هى أن التعزير كنظام متكامل من أنظمة العقوبات التى عرفها الفقه الجنائى الإسلامى لم يظهر بصورة واضحة إلا فى مرحلة متأخرة نسبيًا من مراحل تطور هذا الفقه بفضل جهود العلماء والفقهاء المنتمين إلى مختلف المذاهب الفقهية الإسلامية ، وشأن التعزير فى ذلك شأن جميع النظم والنظريات الفقهية الإسلامية تقررت قواعدها أول الأمر فى القرآن والسنة ، وطبق منها الصحابة فى العصر الأول القدر الذى تطلبته المشاكل التى حدثت فى عصرهم ، ومع تقدم الأبحاث فى علم الفقه الإسلامى وأصوله ، وتطور الأحداث باتساع رقعة الدولة الإسلامية ، وتعدد المذاهب الفقهية وانتشار أتباعها فى كل بقاع هذه الدولة الواسعة الأطراف – لبست هذه الأصول والتطبيقات المحدودة أثواباً تلائم تلك التغيرات العلمية والاجتماعية ، وظهرت فى صورتها التى تركها لنا فقهاؤنا المسلمون[٢٢] غير أن ذلك لا يعنى أن الفقهاء قد استحدثوا هذه النظم أو أوجدوها من العدم ؛ إنما كان فضلهم وغالب جهودهم فى تقعيد قواعدها ، ورسم تفصيلاتها ، وتيسير سبل الإفادة منها . أما أصول هذه النظريات والأنظمة فردها فى الغالب الأعم إلى القرآن أو إلى السنة ، فيهما أو فى أحدهما تقررت ، واجتهاداً فى فهمهما أو فهم أحدهما طبقت ، ثم شرحت وفصلت .

والحقيقة الأخرى التى يجب أن نشير إليها هنا هى أن الفقهاء مدينون فى فهمهم وبيانهم لنظام التعزير فى الفقه الجنائى الإسلامى لهذه التطبيقات النبوية وغيرها – مما لم نشر إليه – بما كان غالب عنايتهم وفيها انحصر جل اهتمامهم . ومع ذلك فإن القارئ لكتب الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة يرى بوضوح غلبة الاعتماد فى الكلام عن التعازير على فقه الصحابة وتطبيقهم وخاصة الخليفة الثانى عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – على الاعتماد على التطبيقات النبوية المشار إليها آنفاً . وقد يكون من أسباب ذلك كثرة الحوادث التى طبقت فيها التعزيرات فى عهده ، وممارسته إياها حاكماً للدولة المسلمة ، على حين دخلت هذه الصفة – بالنسبة للرسول عليه السلام – فى صفة النبوة الغالبة على أحواله كلها .

---

(٢٢) وجَّهنا إلى هذه الحقيقة قديماً شيخنا العلامة محمد مصطفى شلبى فى بحوثه عن القياس والاستحسان وتعليل الأحكام والوقف الخيرى والأهلى وغيرها : راجع كتبه : تعليل الأحكام القاهرة ١٩٤٩ والوصايا والأوقاف ط ٣ ١٩٦٧ والمدخل (القسم الثانى) ط ٨ بيروت ١٩٦٨ وأصول الفقه ط ١ بيروت ١٩٧٤ وقد وضحت هذه الحقيقة لنا بعد بجلاء فى أثناء عملنا فى بحوثنا المختلفة فى الشريعة والفقه الإسلامى .

ومهما كان الأمر فإن تصرفات عمر رضى الله عنه وغيره من الصحابة فى هذا الباب مبنية أصلاً على فقه السنة التى كانوا أعرف الناس بها وأتبعهم لها . غير أن ذلك لايعفينا ونحن بسبيل المشاركة فى حركة إحياء وتجديد الفقه الجنائى الإسلامى بقصد الإفادة منه وبناء نظمنا العقابية عليه ، أن نبين – ماوسعنا البيان – الأصول القرآنية والنبوية للنظم والنظريات التى يقدمها هذا الفقه ، ويكفى لبيان قيمة مثل هذا البحث أن يعيننا على أن نقبل من هذا الفقه مانقبل عن بينة ، وأن ندع منه ماندع عن بصيرة . لقد كانت هذه هى الخطة التى عاش بها الفقه الإسلامى كل قرونه الأولى محققاً لمصالح الناس على اختلاف أحوالهم وحضاراتهم . ولن يعود الفقه الإسلامى إلى تحقيق هذه الغاية مالم يسلك المشتغلون به هذه السبيل .

وإذ انتهينا بذلك من بيان الأصل القرآنى والنبوى لنظام التعزير – فإننا ننتقل الآن إلى بحث العقوبات التى يجوز توقيعها تعزيراً .

١٠٦ – أنوع العقوبات التعزيرية :

إن الهدف المثالى لجميع النظم العقابية التى عرفتها المجتمعات المتحضرة هو منع الجريمة . غير أن هذا الهدف – فى الواقع – يعد مثاليًّا فحسب : أى أن تحقيقه فى عالم الواقع كان أمراً خارج نطاق القدرة البشرية ، ومن ثم استعيض عنه بهدف آخر أقرب إلى التحقيق هو التقليل – إلى أبعد حد ممكن – من حالات ارتكاب الجرائم .

ولا خلاف بين السياسة العقابية فى الفقه الإسلامى ، وفى غيره من النظم العقابية الأخرى حول هذا الهدف ؛ إنما يقع الخلاف بين الفقه الإسلامى وبين النظم القانونية الأخرى حول القيم التى يراد حمايتها بالنصوص القانونية والتى تفرض العقوبات لإقرارها وإجبار الأفراد على احترامها وعدم الخروج عليها . وليس من فرق بين التعزير وغيره من نظم العقوبات التى عرفها الفقه الجنائى الإسلامى فى أنها تهدف جميعاً إلى الحد من ارتكاب الجرائم ؛ وإنما يبدو الفارق بينها فى أن الجرائم التى شرعت لها عقوبات الحدود والقصاص قد حددت عقوباتها من قِبَلِ الشارع تحديداً مطلقاً ، فلاتختلف العقوبة باختلاف الزمان أو المكان أو الشخص الذى توقع عليه على حين أُعْطِىَ القضاة – أو بعبارة أدق السلطات المختصة فى الدولة – سلطةً تقديرية واسعة فى الجرائم التى شرعت فيها العقوبات التعزيرية تشمل تحديد العقوبة ، واختيار نوعها وتوقيعها أو عدمه : أى العفو عنها .

والسبب فى ذلك هو اختلاف النظر إلى القيم التى قد يراد حمايتها بالعقوبات التعزيرية من زمان إلى زمان ومكان إلى آخر ، وعدم وجود مثل هذا الاختلاف بالنسبة للقيم التى تحميها العقوبات المشروعة

لجرائم الحدود والقصاص(٢٣).

وسنعرض من بعد فى شيء من التفصيل للأهداف التى تتوخاها العقوبات التعزيرية على وجه الخصوص وتلك التى تتوخاها أنظمة العقاب أو نظرياته فى غير الفقه الإسلامى من النظم القانونية ، غير أنه مما ينبغى أن نسجله هنا أن الهدف الذى ترمى إليه العقوبات التعزيرية التى نحن بصدد الكلام عنها هدفٌ ذو شقين :

١ – منع ارتكاب الجرائم أو التقليل ما أمكن من وقوعها

٢ – إصلاح شأن الجانى نفسه .

ويتحقق الهدفُ الأول بما للعقوبة من أثر الزجر بقسميه الخاص والعام : فأما الزجر الخاص فهو ذلك الأثر الذى تتركه العقوبة على نفس المجرم الذى وقعت عليه ، والذى يمنعه من معاودة ارتكابها خشية العقاب مرة أخرى ؛ وأما الزجر العام (أو كما نفضل تسميته : الردع العام) فهو ذلك الأثر الذى يحدثه توقيع العقوبة على نفوس العامة ، فيمتنع من ثم أولئك الذين قد يفكرون فى محاكاة فعل الجانى Potential Criminals عن ارتكاب الجريمة .

وأما الهدف الثانى فيحققه توجيه السياسة الجنائية إلى العناية بنفس الجانى وإصلاح اعوجاجها بطريق العقاب على الأفعال الإجرامية التى تقع منه ، وبطريق تنويع العقوبات طبقاً لظروف كل جان واختلاف العقاب مراعاة لها(٢٤) ، وفى ضوء هذا العرض الموجز – كل الإيجاز – لهدف العقوبات التعزيرية – نستعرض هذه العقوبات كلاً على حدة مولين أهمَّها عناية خاصة ، غير مغفلين الإشارة إلى غيرها مما يعتبر أقل أهمية ، أو ذا أهمية تاريخية فقط . وسنرتب هذه العقوبات ترتيباً تصاعديًّا يبدأ بأخفها وينتهى بأشدها .

١٠٧ – عقوبة الوعظ :

ذكر القرآن الكريم الوعظ كمرحلة من مراحل علاج خوف نشوز الزوجة فقال تعالى : (واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً) النساء ٣٤ ، ومن ثم استدل الفقهاء بهذه الآية الكريمة على جوازه كعقوبة تعزيرية ، تأسيساً على أن

---

(٢٣) مما تجب ملاحظته إطلاق لفظ الحد فى التعبير الاصطلاحى على الجريمة والعقوبة معاً . فيقال مثلا : حد الزنى مائة جلدة ، وحد السرقة قطع اليد ؛ ويقال فى الوقت ذاته : الزنى من جرائم الحدود ، والسرقة كذلك .

(٢٤) فى دور السياسة الجنائية فى التجريم والعقاب والوقاية من الجريمة راجع الدكتور أحمد فتحى سرور ، أصول السياسة الجنائية ، القاهرة ١٩٧٢ ، ص ١٧ . وقارن الدكتور رمسيس بهنام فى علم الإجرام جـ ٢ ، ٣ ص ٢٣٥ من طبعة الإسكندرية ١٩٧٠ .

نشوز الزوجة معصية لاحد فيها ولا كفارة ، فتستوجب التعزير . والغرض الذى يؤديه الوعظ هو : «أن يتذكر الجانى إذا كان ساهياً ، ويتعلم إذا كان جاهلاً »[٢٥] .

ويقتصر توقيع هذه العقوبة – أو بالأحرى استعمال هذا العلاج – على حالات الجرائم غير الخطيرة ، والمجرمين الذين تقع منهم الأفعال المعاقب عليها لأول مرة على وجه الغفلة ، ويجب أن يكون القاضى معتقداً كفايته لزجر الجانى عن العودة إلى مثل فعله مرة أخرى[٢٦] .

١٠٨ – عقوبة التوبيخ :

التوبيخ نوع من التعزير بالقول . ويستدل على مشروعية التعزير بالقول بصفة عامة بالحديث الذى رواه أبو داود عن رسول الله ﷺ أنه بعد أن أمر أصحابه بضرب شارب الخمر قال لهم « بكتوه » فأقبل عليه الصحابة يقولون «ماتقيت الله ، ماخشيت الله ، مااستحييت من رسول الله »[٢٧] . ويعتبر هذا الحديث وغيره مما ثبت فيه التعزير بالقول عن رسول الله من الأصول العامة فى جواز هذا النوع من العقاب . وللفقهاء تفصيلات عن كيفية التوبيخ وما يجوز فيه وما لايجوز . والواقع أن مايذكره الفقهاء فى هذا الباب لايمكن إلا أن يكون من باب التمثيل والتقريب فحسب . وليس فى كلامهم حصر لأنواع التوبيخ التى تجوز تعزيراً[٢٨] . والقيد الذى يرد على سلطة القاضى فى التوبيخ هو ألا يكون اللفظ المستعمل فيه متضمناً سبًّا أو قذفاً للجانى . وفيما عدا هذا القيد فإن له أن يجتهد رأيه فيما يراه كافياً فى زجر الجانى ، ومنعه من معاودة الفعل المعاقب عليه .

والشأن فى هذه العقوبة – كما هو فى عقوبة الوعظ – الاقتصار بها على الجناة من غير ذوى الخطورة ، حيث يظن تأثير هذه العقوبة فى إصلاح نفوسهم وعلاج النزعة إلى الخطأ فيهم .

١٠٩ – عقوبة التهديد ونظام وقف تنفيذ العقوبة :

من العقوبات التى يمكن للقاضى أن يوقعها فى جرائم التعزير عقوبة التهديد . وهى فى الواقع إنذار المتهم بتوقيع عقوبة – أشد – عليه إذا عاد إلى ارتكاب مثل الفعل الذى قدّم إلى المحاكمة من أجله .

---

(٢٥) حاشية ابن عابدين المسماة «رد المحتار على الدر المختار» ، جـ٣ ص ١٩٣ .

(٢٦) التشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، ط القاهرة ١٩٥٩ جـ١ ص ٧٠٢ .

(٢٧) مشكاة المصابيح ، جـ٢ ص ٣٠٥ ، وقد استدل بهذا الحديث على مشروعية التعزير بالقول العلامة ابن فرحون المالكى فى كتابه «تبصرة الحكام» جـ٢ ص ٢٠٠ .

(٢٨) راجع فى تفصيل ذلك الأحكام السلطانية للماوردى ط القاهرة ١٩٦٦ ص ٢٣٦ ، وتبصرة الحكام ، الموضع السابق .

والغرض من عقوبة التهديد هو كف الجانى عن ارتكاب الجريمة بواسطة إخافته من العقاب[٢٩] ويمكن أن تكون صورة التهديد هى النطق بحكم متضمن لعقوبة من العقوبات الأشد والأمر فى الوقت ذاته ، بوقف تنفيذها لمدة معينة ، أو بتعليق تنفيذها على شرط معين . ويبدو لنا أن هذه هى الصورة الأفضل للإفادة من عقوبة التهديد فى وقتنا الحالى .

وجدير بالإشارة أن التهديد ليس غريباً على النظم العقابية فى العصر الحديث ، فقد عرفته هذه النظم فى صورة وقف تنفيذ العقوبات ، وتعليق تنفيذها على شرط ، فمن ذلك النص فى قانون العقوبات المصرى (مادة ٥٥ و ٥٦) على جواز وقف تنفيذ العقوبة على الجانى الذى يظهر من ظروف الدعوى أنه جدير بهذه المعاملة لزوال خطورته الإجرامية وقت النطق بالحكم ، ولأن من الصالح تجنيبه ألم العقوبة فترة يوضع فيها تحت الاختبار ، حتى إذا ثبت بمضى هذه الفترة استحقاق الجانى لهذه المعاملة سقطت عنه وطأة الحكم الموقوف تنفيذه ، واعتبر كأن لم يكن . ويقتصر جواز وقف تنفيذ العقوبة على حالة الحكم بالحبس مدة سنة أو أقل أو الغرامة . ومن ثم فلا يجوز ذلك فى حكم بالحبس لمدة تزيد على سنة ، ولا فى الأحكام الصادرة بعقوبات المخالفات لتفاهتها إلى حد لا تحتاج معه إلى وقف تنفيذها[٣٠] . ولا يشترط لوقف التنفيذ فى حكم القانون الجنائى المصرى إلا اقتناع القاضى بجدارة المحكوم عليه بهذا الوقف . ويوجب القانون عند الحكم بوقف التنفيذ أن يذكر الحكم الصادر به أسباب ذلك . ويحدد القانون المصرى مدة وقف التنفيذ بثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى يصبح فيه الحكم نهائيًّا . ولايلغى وقف التنفيذ إلا بحكم قضائى ، والإلغاء – كالوقف ذاته – جوازى متوقف على تقدير القاضى[٣١] .

وفى سنة ١٩٦٧ أخذ قانون القضاء الجنائى فى إنجلترا بفكرة وقف تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية فنص (م/٣٩) على أن المحكمة التى تصدر حكماً بالحبس مدة لاتزيد على سنتين يجوز لها أن تقضى بوقف تنفيذ هذا الحكم بالعقوبة ، إلا فى بعض الحالات الاستثنائية التى نص عليها فى القانون ، والتى يجوز فيها تنفيذ عقوبة الحبس لمدة ستة أشهر أو أقل .

وقد ترك القانون المشار إليه للقاضى تحديد الفترة التى يمكن خلالها إلغاء وقف

---

(٢٩) التشريع الجنائى الإسلامى للأستاذ عبد القادر عودة ، جـ ١ ص ٧٠٣ .

(٣٠) عقوبة المخالفة فى القانون المصرى هى الحبس الذى لا تزيد أقصى مدته على أسبوع ، أو الغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على جنيه مصرى واحد (مادة ١٢/ع) .

(٣١) راجع فى أحكام القانون المصرى فى هذا الخصوص رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، الإسكندرية ١٩٧١ ص ١١٥٩ – ١١٦٣ .

التنفيذ operational period بحيث لاتقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات(٣٢).

ومما يلاحظ هنا أن الفقه الإسلامى لا يقيد القاضى فى صدد عقوبة التهديد – إذا ما طبقت فى صورة وقف تنفيذ عقوبة أشد – لا بمدة معينة يمكن خلالها العودة إلى تنفيذ الحكم الموقوف ، ولا بجرائم معينة يمكن تطبيق هذه الفكرة فى عقوباتها ، ولابأنواع معينة من العقوبات التى تطبق بصددها . فى حين يقصرها القانون الإنجليزى على عقوبة الحبس ، ويوسع نطاقها القانون المصرى لتشمل عقوبة الغرامة أيضاً .

وقد يرجع ذلك – فى حقيقة الأمر – إلى عدم تطرق الفقه الإسلامى لنظام وقف التنفيذ بالصورة التفصيلية التى نعرفه بها اليوم ، وليس ثمة مانع إذا طبقت نظم العقوبات الإسلامية من تقييد سلطة القاضى – فى هذا الخصوص – بالقيود التى ترى مناسبة لتحقيق العدالة ، والمصلحة الإجتماعية ، على أنه لابد من التنبيه هنا إلى أن وقف التنفيذ غير متصور فى عقوبات الحدود ، إذ لا يجوز فيها العفو ، وليس ثمة سلطة تقديرية للقاضى فى شأنها على الإطلاق . أما حالات القصاص فإن نظام وقف التنفيذ يمكن الأخذ به فى شأنها فى حالة عفو المجنى عليه – أو ذويه – عن المطالبة بتوقيع القصاص على الجانى . فيمكن عندئذ – إذا رأى القاضى ذلك – أن يحكم على الجانى بعقوبة ويوقف تنفيذها إذا كان فى تقديره أن ثمة مصلحة فى مثل هذا الإجراء سواء كان المستفيد منه المجتمع كله – حتى لايشعر الناس بإمكان إفلات جان من العقاب – أو الجانى نفسه – إذ أن ذلك قد يساعد فى زجره عن العودة إلى الجريمة – أو ذوو المجنى عليه – بما يحققه الحكم على الجانى لهم من راحة نفسية ، وشعور بالعدالة ، يبعث على الرضا والطمأنينة .

ولعله يتضح من هذا البيان مدى إمكان الإفادة من السياسة الجنائية فى الفقه الإسلامى فى بناء نظمنا العقابية فى العصر الحاضر . وإمكان إثراء الفقه الإسلامى نفسه – فى هذا المجال – من التجارب

---

(٣٢) راجع نصوص القانون Criminal Justice Act 1967, Sec. 39.

وانظر فى شرحها Cross and Jones, Introduction to Criminal Law, 6th Ed., London 1968 P. 354; The sentence of the court, H.M.S.O, London 1970, Pp. 44-46; and R.M. Jackson, Enforcing the law, London 1972, pp. 259-264.

ويلاحظ أن القانون الإنجليزى الصادر فى سنة ١٩٤٨ كان يأخذ بنظام يسمى Conditional discharge هو أقرب إلى عقوبة التهديد كما عرفتها السياسة الجنائية فى الفقه الإسلامى ، حيث كان يخلى سبيل الجانى دون توقيع عقوبة عليه ، مع إنذاره بأنه سوف يعاقب إذا ارتكب جريمة أخرى وقدم بسببها للمحاكمة وقد قيل فى التعريف به أنه :

«A conditional discharge can be described as a general threat of unpleasant consequences if he (the offender) offends again»

المرجع السابق ص ٢٦٠ ، وقد بقى هذا النظام معمولا به فى بريطانيا حتى سنة ١٩٦٨ تاريخ العمل بالقانون الصادر فى ١٩٦٧ .

التى تعرض للنظم القانونية الحديثة ، والتى يصقلها التطبيق بما يبينه من مزايا وعيوب تجعل التشريعات الجنائية عرضة للتعديل المستمر(٣٣).

١١٠ – عقوبة الهجر :

نص القرآن الكريم على الهجر فى عقوبة الزوجات اللاتى يخاف نشوزهن (النساء – ٣٤) وكذلك عاقب رسول الله ﷺ الثلاثة الذين خلفوا فى غزوة تبوك بالهجر فأمر الناس باعتزالهم – كما تقدم – وكذلك أمر عمر بن الخطاب الناس بهجر صبيغ بن عسل «فكان إذا جاء الناس وهم مائة تفرقوا عنه» حتى أخبر عمر بحسن توبته فخلى بين الناس وبينه(٣٤)

والمقصود بالهجر مقاطعة المحكوم عليه به ، وعدم الاتصال به أو معاملته بأى طريقة كانت . وقد يكون الهجر هو العقوبة الوحيدة – كما فى حالة الثلاثة الذين خلفوا – أو يكون عقوبة تبعية أو إضافية كما فى حالة صبيغ فقد كان عمر ضربه وحبسه مع الأمر بهجره(٣٥).

والذى يبدو لنا أن عقوبة الهجر غير عملية فى هذا العصر. إذ أنها تعتمد فى تنفيذها على قوة الوازع الدينى والشعور بوجوب طاعة الحاكم بها عند الناس . وإذا قيل بأنها يمكن تطبيقها بالحيلولة بين المحكوم عليه والخروج إلى الناس ، فإنها تتحول إلى حبس ، وليس هجراً . وقد قال البعض بجدوى المقاطعة وإمكانها الآن(٣٦) ، والذى نراه أنها تقوم على نفس الأساس الذى يقوم عليه تنفيذ عقوبة الهجر ، الأمر الذى يجعلها – مثله – عقوبة ذات أهمية تاريخية فحسب . وذلك طبعاً باستثناء تطبيق الهجر والمقاطعة فى العلاقات الشخصية بين الأفراد ، كما فى حالة هجر الزوج زوجته مع ملاحظة خروج مثل هذه الحالات عن نطاق العقوبة بمعناها المتعارف عليه فى علم القانون ، والذى يفترض اقتضاءها بواسطة السلطة العامة فى المجتمع ، لاعتداء وقع عليه فى صورة من الصور(٣٧).

١١١ – عقوبة التشهير :

عرف التشهير كعقوبة تعزيرية فى التشريع الجنائى الإسلامى منذ عصر النبوة . فقد روى البخارى ومسلم أن رسول الله ﷺ بعث رجلا من الأزد ليجمع الصدقات ، فلما قدم إلى المدينة قال : هذا

---

(٣٣) يمكننا أن نقرب إلى نظام وقف التنفيذ عقوبتين نص عليهما الفقهاء كذلك ، هما الإعلام (أى إعلام الجانى بفعله وبأنه بلغ إلى القاضى) ، والإحضار إلى مجلس القضاء . راجع فى هاتين العقوبتين الكاسانى بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٦٤ .

(٣٤) تبصرة الحكام المرجع السابق ص ٢٠٢ والحسبة فى الإسلام لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٤٠ .

(٣٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢٠ – ١٢١ طـ القاهرة سنة ١٩٥١ .

(٣٦) عبد العزيز عامر ، التعزير فى الشريعة الإسلامية ص ٣٦٦ .

(٣٧) راجع فى ذلك : رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ص ٣٠ – ٤٤ .

لكم ، وهذا أهدى لى . فخطب النبى ﷺ فحمد الله وأثنى عليه ثم قال «أما بعد ، فإنى أستعمل رجالا منكم على أمور مما ولانى الله ، فيأتى أحدهم فيقول هذا لكم ، وهذه هدية أهديت لى . فهلا جلس فى بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا ؟ والذى نفسى بيده لا يأخذ أحد منه شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته »[٣٨] ومن هنا قال الفقهاء بمشروعية التشهير فى كل جريمة تمس سمعة مرتكبها أو أمانته ، حتى يكشف للناس أمره فيتعاملوا معه على بصيرة .

ومن مشهور ما يروى عن شريح القاضى – وقد ولى القضاء لعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب – أن شاهد الزور يشهر به . وقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن التشهير هو العقوبة الوحيدة التى توقع على شاهد الزور ، وذهب صاحباه أبو يوسف ومحمد إلى أنها عقوبة تكميلية هدفها إعلام الناس بما فعله الجانى وتحذيرهم منه ، فتوقع بالإضافة إلى مايراه القاضى عقوبة له كالحبس أو الجلد[٣٩] وليس من أهمية للخلاف فى هذه المسألة بين الإمام وصاحبيه خاصة أنه من المقرر أن التعزير عقوبة مرجعها سلطة القاضى التقديرية فى كل حالة على حدة .

وكان التشهير ينفذ بأن يطاف بالمحكوم عليه فى موطن قومه ، أو سوق حرفته ويعلن على الناس ماأتاه من جرم ، وماعوقب به عليه . غير أن مثل هذه الوسيلة لم تعد مجدية ولا ممكنة فى العصر الحديث ، وتغنى عنها وسائل النشر والإعلام ، فيمكن عن طريقها إذاعة الحكم الصادر على الجانى ويتحقق بذلك الغرض من العقوبة . وقد نص الفقهاء على طريقة قريبة من ذلك ، إذ يقرر العلامة ابن فرحون أن شاهد الزور يكتب ويسجل عليه مافعل «وتحفظ نسخ من هذه الكتابة عند من يوثق به من الناس »[٤٠] ، ومن الجدير بالذكر أن القوانين الجنائية فى العصر الحديث تقرر فى بعض الحالات نشر الأحكام الصادرة على الجناة كما فى حالات الإفلاس بالتدليس وبالتقصير وغيرها .

١١٢ – العقوبات المالية :

تنقسم العقوبات المالية فى القوانين الجنائية الحديثة إلى نوعين ، عقوبة الغرامة ، وهى مبلغ من المال يحكم على الجانى بدفعه إلى خزانة الدولة . وعقوبة المصادرة ، وهى نقل ملكية أشياء أو أموال مملوكة للجانى أصلا – أو وجدت بحوزته – إلى الدولة وإخراجها بذلك من ملك مالكها الأصلى إلى ملك الدولة عقاباً على جريمة وقعت منه .

(٣٨) مشكاة المصابيح جـ ١ ص ٥٦٠ . وقد نقلنا بعض الحديث فقط .

(٣٩) المبسوط للإمام السرخسى جـ ١٦ ص ١٤٥ ، حيث نوقشت هذه المسألة باستفاضة وعرضت حجج كل من الرأيين . وانظر أيضاً فى كون التشهير عقوبة تكميلية : كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتى الحنبلى ، جـ ٦ ص ١٢٧ من طـ الرياض بدون تاريخ .

(٤٠) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢١٤ .

وقد عرفت الشريعة الإسلامية التعزير بالعقوبات المالية فى سنة رسول الله ﷺ . ثم طبقه الصحابة رضى الله عنهم فى حالات عديدة . ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء فى شأنه إباحة ومنعاً . فأباحه البعض ومنعه آخرون ، وتوسط فريق منهم فأجازه بشروط معينة . وسوف نقتصر هنا على بحث مدى مشروعية العقوبات المالية فى الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى دون أن نتعرض للتفاصيل التى تناقش عادة عند مناقشة عقوبتى الغرامة والمصادرة . ذلك أن المشرع – حيث يكون نظام العقوبات الإسلامية مطبقاً – سوف ينظم الحكم بهذه العقوبات ، ويحدد الحالات التى يجوز فيها ، ومقاديرها ، حسب ما يحقق المصلحة فى المجتمع الذى تطبق فيه هذه العقوبات . والذى يجب بيانه إذن هو مدى جواز توقيع عقوبة ما ، أو المنع من توقيعها أما التفاصيل المتعلقة بالتطبيق فلها مجال آخر غير هذا المجال .

وقد ذهب الأحناف – فى مشهور مذهبهم – إلى عدم جواز التعزير بالعقوبات المالية فى الشريعة الإسلامية . فمنع ذلك الإمام أبو حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن . بل إن محمد بن الحسن – وكتبه هى المصدر الأول لمعرفة فقه الأحناف – لم يذكر التعزير بالعقوبات المالية فى أى كتاب من كتبه . وقد ذهب إلى هذا القول أيضا بعض فقهاء الشافعية(٤١) .

أما أبو يوسف – صاحب الإمام أبى حنيفة – فقد أجاز التعزير بالعقوبات المالية ، وذلك هو مذهب الشافعى ، ومالك ، وأحمد بن حنبل(٤٢) وقد ذهب بعض الأحناف فى شرحهم لقول أبى يوسف بجواز توقيع العقوبات المالية على سبيل التعزير إلى القول بأن المقصود به حبس الإمام مالَ الجانى حتى يتوب ويقلع عن فعله الذى يعزر من أجله ، ثم يرد إليه ماله متى ثبتت توبته . وإلا فإن الإمام ينفق هذا المال فى مصالح المسلمين العامة . ويعللون ذلك بأمرين : الأول أنه لا يجوز أخذ مال مسلم إلا بسبب شرعى . والثانى أن إباحة التعزير بالعقوبات المالية يخشى أن يكون ذريعة للحكام الظلمة ، يصادرون بها أموال الناس بالباطل(٤٣) ويعتبر هذا الرأى للأحناف – فى نظرنا – مذهباً ثالثاً وسطا بين مذهب المانعين للعقوبات المالية فى التعزير ، ومذهب المجوِّزين لها .

---

(٤١) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ١٨٤ . وفى عدم ذكر محمد بن الحسن للعقوبات المالية راجع فصول الاسترّوشنى الخمسة عشر ص ٧ ، وقد نقله فى رسالته الدكتور عبد العزيز عامر ، انظر ص ٣٢٤ من طبعة ١٩٥٦ . وانظر للشافعية حاشية الشبراملسى على شرح الرملى لمنهاج الطالبين (بهامش الشرح) جـ ٧ طـ القاهرة ١٢٩٢ هـ . ص ١٧٤ .

(٤٢) انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٢٠٣ ، والطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ، طـ القاهرة ١٩٥٣ ص ٢٦٦ – ٢٧٩ ، وحاشية الشبراملسى فى الموضع السابق .

(٤٣) فتح القدير على الهداية ، لكمال الدين بن الهمام ، طـ القاهرة ١٣١٦ هـ جـ ٤ ص ٢١٢ ، وحاشية ابن عابدين الموضع السابق ، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ، الموضع السابق ذكره .

وقد ذهب المانعون للعقوبات المالية فى التعزير إلى أنها نسخت بعد أن كانت مقررة فى صدر الإسلام . وأول من عرف عنه هذا القول هو الإمام الطحاوى الحنفى فى كتابه المعروف « شرح معانى الآثار » وتأسيساً على دعوى النسخ هذه يؤيد فقهاء الأحناف مذهب إمامهم وتلميذه محمد بن الحسن فى عدم جواز التعزير بالعقوبات المالية .

ولذلك عنى الفقهاء المجوزون لتوقيع العقوبات المالية فى التعزير ببيان مشروعيتها – من جهة – وعدم نسخها من جهة أخرى . فخصص الإمام ابن قيم الجوزية فى كتابه « الطرق الحكمية » فصلا طويلا فى بيان مشروعية التعزير بالعقوبات المالية فى سنة رسول الله ﷺ ، وفعل أصحابه ، ومذاهب الأئمة : مالك : والشافعى : وأحمد بن حنبل . وقد نقل ابن القيم فى هذا الفصل عن سنة رسول الله ﷺ اثنى عشر مثالا تدل على جواز التعزير بالعقوبات المالية منها : تحريق متاع الغال (الذى يستولى على شىء من الغنيمة قبل قسمتها) وأمره بكسر دنان الخمر ، وأمر أحد أصحابه بحرق ثوبين معصفرين ، وأمره بأخذ شطر مال مانع الزكاة ، وأمره لابس خاتم الذهب بطرحه ، فلم يعرض له أحد . ثم نقل من أفعال عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب بعض تعزيراتهم بالعقوبات المالية . وعقب على ذلك كله بقوله « وهذه قضايا صحيحة معروفة . وليس يسهل دعوى نسخها . ومن قال إن العقوبات المالية منسوخة ، وأطلق ذلك ، فقد غلط فى مذاهب الأئمة نقلا واستدلالا .. وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته ﷺ مبطل أيضاً لدعوى نسخها . والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصحح دعواهم ، إلا أن يقول أحدهم مذهب أصحابنا عدم جوازها . فمذهب أصحابه عيار على القبول والرد ، وإذا ارتفع عن هذه الطبقة ادعى أنها منسوخة بالإجماع . وهذا خطأ أيضاً فإن الأمة لم تجمع على نسخها ، ومحال أن ينسخ الإجماع السنة »(٤٤).

وقد عرض لنفس المسألة من قبل شيخ الإسلام ابن تيمية فقرر ماقرره وفصله – من بعد – تلميذه ابن قيم الجوزية ، فقال عن دعوى النسخ « إن الإجماع محال أن ينسخ السنة ، ولكن لو ثبت لكان دليلا على نص ناسخ ، ولهذا كان أكثر من يدعى النسخ للنصوص بالإجماع إذا حقق الأمر لم يكن الإجماع الذى ادعاه صحيحاً ، بل غايته أنه لم يعرف فيه نزاع ، ثم إن من ذلك من يكون أكثر العلماء على خلاف قول أصحابه ، ولكن هو نفسه لم يعرف أقوال العلماء »(٤٥).

ومن ذلك يتبين أن دعوى نسخ التعزير بالعقوبات المالية ليس لها من سند صحيح تقوم عليه .

---

(٤٤) الطرق الحكمية ، ص ٢٦٧ ، ومن أراد تفصيلا فليقرأ الصفحات ٢٦٦ – ٢٧٩ من هذا الكتاب .

(٤٥) الحسبة فى الإسلام ص ٤٣ . ولابن تيمية تقسيم جيّد للعقوبات المالية ذكره فى هذا الكتاب ، وذكره ابن القيم أيضاً فى الموضع السابق .

وتبقى الحجج التى قال بها المانعون للتعزير بالعقوبات المالية ، وهى أنه لا يجوز أن يؤخذ مال أحد بغير سبب شرعى ، وأن فى إباحة التعزير بالعقوبات المالية فتح باب للظلمة من الحكام للاستيلاء على أموال الناس بغير حق . وليس فى هاتين الحجتين ما يكفى لتبرير المنع بعد أن ثبتت الإباحة بفعل رسول الله ﷺ ، وأصحابه من بعده . ذلك أن المجوزين لهذه العقوبات لايقولون بأخذ مال الناس بغير سبب ، وإنما هى عقوبة توقع على من ارتكب جريمة . والجريمة سبب شرعى للعقوبة – ليس فى ذلك خلاف فيما نعلم – وقد ثبت جواز كون هذه العقوبة غرماً أو إتلافا لمال مملوك للجانى . وليس من خوف من التذرع بذلك إلى أخذ مال الناس بالباطل ، فضوابط التجريم والعقاب فى الفقه الإسلامى تحول دون ذلك . وفى الحجتين – عندى – مغالطة واضحة فالكلام فى مجال العقوبة التى تقابل فعلا مجرماً ، وإباحة أن تكون هذه العقوبة مالية ، وليس فى إباحة الاستيلاء على أموال الناس مطلقاً حتى يكون ثمة مجال لإيراد أى من هاتين الحجتين .

وقد أتاح أصحاب هذا الرأى الفرصة لبعض الكاتبين من المستشرقين لادعاء قصور تنظيم الشريعة الإسلامية للمسائل الجنائية لعدم اعترافها بالعقوبات المالية . وقد أتى هؤلاء من قصور معرفتهم – فى الواقع – بمذاهب علماء المسلمين وآرائهم فى الفقه الجنائى (٤٦) .

وخلاصة ماتقدم أن الصحيح من مذاهب الفقه الإسلامى هو المذهب الذى يرى أصحابه جواز التعزير بالعقوبات المالية ، وأن هذه العقوبات غير منسوخة ، ولامقيدة إلا بقيد ملاءمة العقوبة للجريمة ، وهو قيد عام يرد على كل عقوبة ، سواء فى الفقه الإسلامى ، أو فى غيره من النظم الجنائية المعاصرة .

١١٣ – عقوبة الحبس :

يقسم الفقهاء المسلمون الحبس إلى نوعين : حبس محدد المدة ، وحبس غير محدد المدة . والحبس المحدد المدة يصلح عقوبة لجرائم التعزير التى لا تنم عن كبير خطورة إجرامية لدى الجانى ، أى الجرائم غير الجسيمة ، وللمجرمين غير العائدين . أما الحبس غير المحدد المدة فإنه يكون فى الجرائم الجسيمة ، وللمجرمين العائدين الذين ثبتت لدى القاضى خطورتهم أو تأصل نزعة الإجرام فيهم (٤٧) .

---

(٤٦) من هؤلاء المستشرق المعروف Joseph Schacht فى كتابه
An Introduction to Islamic Law, Oxford, 1964. P. 176.

(٤٧) لتفصيل هذا الموضوع – بخلاف الكتب التى سوف يرد ذكرها – يرجع إلى رسالة الدكتور عبد العزيز عامر ، المشار إليها سابقاً ص ص ٢٩٤ – ٣١٤ .

وقد اتفق الفقهاء على أن الحد الأدنى للحبس يوم واحد[٤٨] واختلفوا فى حدِّه الأعلى ، فلم يُعيِّن حدا أعلى للحبس تعزيراً الأئمةُ مالك ، وأحمد بن حنبل ، وأبو حنيفة ، ناظرين فى ذلك إلى أنه يجب أن يختلف باختلاف الجريمة ، والفاعل ، والظروف التى ارتكب فيها جريمته .[٤٩]

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى تحديد مدة الحبس بشهر واحد ، إذا كان الغرض من الحبس تحرى الحقيقة (أى إذا كان الحبس احتياطيًّا كما يعبر عنه فى لغة القانونيين) وستة أشهر إذا كان الحبس عقوبة على جريمة تعزيرية . ويجوز عندهم أن تزيد مدة الحبس على هاتين المدتين على أن لا تبلغ سنة فى أى حال .

وهم يؤسسون هذا الرأى على قياس الحبس فى الجرائم التعزيرية على النفى فى عقوبة الزّنى الذى يرتكبه شخص غير محصن .

فالنفى فى هذه الحالة محدد المدة بسنة واحدة ، وهو – عند الشافعية – جزء من حد الزنى لغير المحصن . ولذلك فقد ذهبوا إلى أن الحبس فى التعزير – وعقوبته فى الأصل يجب أن تكون دون عقوبة الحد فى شدتها – لايجوز أن يزيد فى مدته على الحبس فى الحد (أو النفى فيه) . ومع ذلك ، فإن بعض الشافعية يذهبون مذهب الجمهور فى عدم تحديد مدة الحبس بحد أعلى أخذاً بالأسباب التى بنى عليها الجمهور رأيهم[٥٠] ويتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على جواز توقيع عقوبة الحبس المحدد المدة كعقوبة تبعية أو إضافية إذا رأى القاضى أن ظروف الدعوى التى ينظرها تبرر ذلك[٥١] .

أما الحبس غير المحدد المدة فهو عند الفقهاء عقوبة المجرمين العائدين ، الذين يرى القاضى أن إصلاحهم وزجرهم عن ارتكاب الجريمة لا يتم بأية عقوبة أخرى ، وأنه من مصلحة المجتمع أن لا يترك أمثالهم مطلق السراح . ويستمر هذا الحبس إلى أن تثبت لدى القاضى – أو السلطة المختصة – توبة الجانى وصلاح حاله ، بحيث يغلب على الظن أنه لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى . فإن لم يثبت ذلك فإن المحكوم عليه بالحبس غير المحدد المدة يبقى فى حبسه إلى أن يموت .[٥٢]

وعقوبة الحبس غير المحدد المدة يمكن مقارنتها بعقوبة النفى المقررة فى القرآن الكريم لمرتكبى جريمة الحرابة (سورة المائدة – ٣٣) فالنفى هنا (وقد فسره الفقهاء بالحبس فى الرأى الراجح) يستمر إلى أن

---

(٤٨) المغنى لابن قدامة ، جـ ١٠ ، ص ٣٤٧ – ٣٤٨ .

(٤٩) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، جـ ٢ ص ٢٢٥ ، وأبو يعلى الفراء فى الأحكام السلطانية طـ القاهرة سنة ١٩٣٨ ص ٢٩٣ .

(٥٠) فتح القدير لكمال الدين بن الهمام ، جـ ٢ ص ٢١٦ ؛ وشيخ الإسلام زكريا الأنصارى فى كتابه اسنى المطالب بشرح روض الطالب – فى الفقه الشافعى – جـ ٤ ص ١٩٩ ، والمغنى ، الموضع السابق .

(٥١) المراجع السابقة .

(٥٢) ابن فرحون – المرجع السابق ص ٢٢٧ . وحاشية ابن عابدين جـ ٤ طبعة ١٩٦٦ ص ٦٧ .

يثبت أن الجانى قد تاب عن جريمته ، وأنه – فى الغالب – لن يعود إلى الإجرام ، أو – فى حالة عدم ثبوت ذلك – إلى أن يموت .(٥٣)

وعقوبة الحبس غير المحدد المدة فى حالات التعزير توقع فحسب على المجرمين الخطرين ، الذين يقدر القاضى عدم إمكان إصلاحهم إذا طبقت عليهم أية عقوبة أخرى . وعلى هذا الأساس وحده يمكن القول بمشروعية هذه العقوبة فى جرائم التعزير ، حتى لايتخذ ذلك ذريعة تتحول بها العقوبة المؤقتة أصلا إلى عقوبة مؤبدة .

ويناقش الفقهاء عامة – فى مجال الحديث عن الحبس تعزيراً – عقوبة النفى التى يعتبرونها ملائمة للمجرمين الذين يخشى أن يغرى سلوكهم المنحرف سواهم من الأفراد بتقليده ، أو بتعبير الفقهاء من يخشى من فعله أن يفتتن الناس به . ومن هذه الأفعال التى شرع فيها النفى التخنث والكلام فى متشابهات القرآن ، والتزوير . وقد يكون النفى – شأنه شأن الحبس – لمدة محددة يقدرها القاضى فى حكمه المتضمن هذه العقوبة ، أو يكون غير محدد المدة ، فيستمر إلى أن تثبت توبة الجانى .(٥٤)

ويمكن القول : إنه لم تعد للنفى الآن أهميته التى كانت له من قبل ، حيث لم يعد من الممكن تنفيذه إلا بحبس الجانى . ذلك أن النفى قد يكون من مدينة إلى أخرى فى بلد الجانى أو دولته ، أو من دولته كلها إلى دولة أخرى . ولن يؤدى النفى من بلد إلى بلد (داخل أراضى الدولة) الغرض من العقوبة ، وهو منع الفتنة بأفعال وسلوك الجانى ، أو زجره عن الفعل المعاقب عليه . ولم يعد ممكناً فى هذا العصر أن يكون النفى من دولة إلى دولة أخرى حيث لن تقبل أى دولة مجرمى دولة أخرى فى أراضيها .

وقد كانت الدول الأوربية تطبق عقوبة النفى فى عصور الاستعمار ، فكانت تنفى المجرمين إلى أراضى المستعمرات ، غير أن ذلك لم يعد ممكناً بعد أن انقضى العصر الذى كانت دولة تملك فيه أراضى دول أخرى ، واستقلت معظم البلدان المستعمرة سياسيًّا ، وإداريًّا عن الدول التى كانت تستعمرها(٥٥) .

ولذلك فإن الأحكام التى سبق لنا ذكرها فى الحبس تمتد الآن لتشمل عقوبة النفى التى تكلم فيها

---

(٥٣) راجع رسالتنا The Theory of Punishment المشار إليها سابقاً ص ص ٤٠ – ٤٤ .

(٥٤) أبو يعلى الفراء ، الأحكام السلطانية ، ص ٢٦٣ ، وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ص ٢٢٥ ، وقد أفردها بالبحث فى سياق العقوبات التعزيرية كل من الأستاذ عبد القادر عودة ، المرجع السابق . وعبد العزيز عامر ، المرجع السابق .

(٥٥) انظر فى تاريخ عقوبة النفى Transportation فى القانون الإنجليزى

Christopher Hibbert, The Roots of Evil. London. 1966. pp. 161-173.

وقد كان المحكوم عليهم ينفون فى ظل العمل بهذا النظام ليقيموا إقامة دائمة فى منفاهم ، فهى فى الواقع عقوبة إبعاد نهائى للمحكوم عليه من موطنه إلى بلد آخر ، لا ينظر فيها إلى شىء مما يؤخذ فى الاعتبار بالنسبة للجانى ، أو الجريمة ، فى تطبيق عقوبة النفى كما بينها الفقهاء المسلمون . وقد توقف تطبيق هذا النظام فى سنة ١٨٦٧م .

الفقهاء ، والتى لم يعد لها من أهمية فى عصرنا الحاضر اللهم إلا فى دراسة تاريخ التشريع الجنائى الإسلامى والمقارن .

١١٤ - عقوبة الجلد :

الجلد من العقوبات التى يكثر الاعتماد عليها فى النظام العقابى الإسلامى . فهو عقوبة جريمتين من جرائم الحدود (الزنى والقذف) ، وهو العقوبة التى يشير الفقهاء بها أكثر من سواها فى الجرائم الجسيمة التى يعاقب عليها تعزيراً .

ويثير الحديث عن الجلد مشكلة العقوبات البدنية بصفة عامة ومدى ملاءمتها فى ظل الأفكار الحديثة فى علمى الإجرام والعقاب . ولاتزال العقوبات البدنية موضوعاً لجدل مستمر بين المشتغلين بعلمى الإجرام والعقاب ، والمشتغلين بالطب وعلم النفس والتربية ، وغيرهم من المهتمين بالعقوبات وتنفيذها ، والمؤسسات العقابية وإدارتها . والمشتركون فى هذه المناقشات ينقسمون إلى رأيين : مؤيد للعقوبات البدنية ، ومستنكر لها . فالمؤيدون للعقوبات البدنية يذهبون إلى أنها تخيف الجناة لما فيها من إيلام البدن ، فلا يفكرون فى العودة إلى الجريمة ، وأنها لا تثقل كاهل الدولة بشىء من النفقات الباهظة التى تتكلفها لتطبيق أغلب العقوبات الأخرى ، وأن تنفيذها لا يؤثر على الطاقة الإنتاجية فى المجتمع ، إذ لا يتعطل المحكوم عليه عن ممارسة دوره فى زيادة الإنتاج ، وأنها تقى من الشرور التى تترتب على تطبيق عقوبة الحبس من اختلاط المجرمين بعضهم ببعض ، وتعودهم حياة البطالة ، وتفشى الأخلاق السيئة بينهم .

وأما المستنكرون للعقوبات البدنية فإنهم يقولون : إن العقوبة البدنية عقوبة بربرية تنتمى إلى العصور البعيدة الماضية ، وإنها لا تتفق مع الأخلاقيات الإنسانية لهذا العصر ، وإنها تؤدى إلى تنمية الشعور بالنقص والمرارة فى نفس من يتعرض لها ، وإنها تقلل من معنويات المحكوم عليهم ، ومن يحيطون بهم ، وتزيد فى قسوة الآمرين بها والقائمين على تنفيذها .

وبرغم هذه الحجج التى تساق ضد العقوبة البدنية فإن كثيراً من الباحثين فى الشرق والغرب لا يزالون يطالبون بها . بل إن إحصاءً قد أجرى فى بريطانيا مؤخراً أظهر أن الغالبية من الذين سئلوا خلال إجرائه من البالغين قد أيدوا عودة العقوبات البدنية لبعض الجرائم . ويعللون هذه الرغبة بأن إعلان العودة إلى العقوبات البدنية سوف يؤدى إلى تأثير جماعى مضاد للنسبة المتزايدة من الجرائم بصفة مستمرة .

كذلك فإن التزايد المستمر في ارتكاب الجرائم ، أدى إلى ظهور الكثير من الكتابات التى ينادى

أصحابها بعودة العقوبات البدنية ، خاصة بالنسبة لجرائم العنف الواقع على الأشخاص .

وقد نادى بالأخذ بالعقوبات البدنية فى مصر (وبعقوبة الجلد على وجه الخصوص) الدكتور محمد مصطفى القللى فى مقال له عن الإجرام وأسبابه فى مصر ، والدكتور محمد بخيت الملاح فى رسالة له عن الإدمان على المخدرات ، والدكتور عبد العزيز عامر فى رسالته عن التعزير ، والأستاذ عبد القادر عودة فى مؤلفه عن التشريع الجنائى الإسلامى . والمستشار الدكتور جمال الدين محمود فى كتابه عن العودة إلى الإسلام . وهو أحدث مؤلف تعرض لهذا الموضوع . وكانت العودة إلى عقوبة الجلد مؤيدة أيضاً من بعض الجهات الحكومية المختصة بالتعامل مع المذنبين .

أما عن التطبيق الفعلى لهذه العقوبة فإن كثيراً من دول العالم تلجأ إليها فى أوقات الحرب ، خصوصاً فى جرائم الفتنة والتحريض عليها ، وجرائم الاحتكار وإخفاء السلع التموينية ، وقد كانت إلى وقت قريب مطبقة فى مصر على المسجونين ، وأفراد القوات المسلحة ، وقد طبقت فى أثناء الحرب العالمية الثانية على كثير من الجرائم وأتت بنتائج فعالة فى مكافحة هذه الجرائم التى طبقت فيها .

ولا تزال عقوبة الجلد مطبقة فى المملكة العربية السعودية كجزء من نظامها العقابى القائم على الشريعة الإسلامية كما يقررها مذهب الإمام أحمد بن حنبل . وأثر العقوبات الشرعية عموماً فى التقليل من الجرائم فى المملكة العربية السعودية واضح لكل المشتغلين بالقانون الجنائى . بل لقد بدأ ظهور هذا الأثر بمجرد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى المملكة(٥٦) .

وإذا كانت هذه هى خلاصة الآراء التى تساق للتدليل على صلاحية العقوبات البدنية أو عدم صلاحيتها ، فإننا نرى أنه يجب أن نفرق بين أمرين : بين تطبيق العقوبة البدنية بصفة عامة ، وبين تطبيقها فى الجرائم التى يعاقب عليها تعزيراً . أما التطبيق العام للعقوبات البدنية فهو مقرر فى جرائم

---

(٥٦) يراجع فيما ورد بهذه الفقرة : التعزير فى الشريعة الإسلامية ، عبد العزيز عامر ، ص ٢٢٨ - ٢٩٣ ، والمراجع المذكورة هناك ، والتشريع الجنائى الإسلامى ، عبد القادر عودة جـ ١ ص ٧١٣ وما بعدها ، وقضية العودة إلى الإسلام ، للدكتور جمال الدين محمد محمود ، ١٩٧٦ م ص ١٨٥ - ١٩١ . وفى تحليل عقوبة الجلد فى الذنوب المشروعة فيها يراجع : ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، جـ ٢ ص ١١٦ - ١١٧ طبعة ١٩٦٨ بالقاهرة . ويراجع باللغة الإنجليزية :

M. EL Awa, The Theory of Punishment, PP. 73-75;

D. Miller The Uses and Abuses of corporal punishment, Mental Health Vol. 26, London 1967.

Encyclopedia Americana, vol. 8, 45th Ed. 1972, P.2-

Encyclopedia Britanica, vol. 9, 1962 Ed. P. 384-5.

TheDepartmental committee Report on Corporal Punishments, Cmd., 5684.

H.M.S.O., London. 1963 (Known as the Cadogan Report).

وقد طالب .Lord Parker رئيس القضاء فى إنجلترا بالعودة إلى العقوبات البدنية ، وكذلك أعلن هذا فى حكم قضائى صادر فى ١٨ / ٦ / ١٩٦٠ أصدره أحد مشاهير القضاة فى لندن MR. Harold Sturge حيث قال : «إن الذين يطلبون أن ينعدم عنصر الألم من كل عقوبة يبدو أنهم محدودو الفهم» .

القذف والزنى وهى من جرائم الحدود ، ولا يجوز المساس بالأحكام المقررة لها تعديلاً أو تغييراً فى مجتمع يتخذ الإسلام شريعته ويطبق أحكامها.

وأما فى نطاق التعزير فإن فى الأمر سعة ، إذ المرجع فيه إلى السلطة التقديرية لأولى الأمر ، قضاة كانوا أم حكاماً ، فكل ما ثبت – أو غلب على الظن – تأثيره فى الكف عن الجريمة من العقوبات جاز توقيعه بغير قيد سوى قيد الملاءمة بين العقوبة والجريمة التى تقرر لها . وليس من مخالفة للشريعة الإسلامية إذا طبق القاضى – أو قرر المشرع – عقوبة بدنية . كما أنه لا يخالف الشريعة أن لا يطبق القاضى – أو لا يقرر المشرع – العقوبة البدنية مادام ذلك لا يمس عقوبات جرائم الحدود .

وإذا كنا قد انتهينا فيما تقدم إلى جواز تطبيق عقوبة الجلد فى الجرائم التعزيرية ، فإنه تجد الإشارة هنا إلى الخلاف بين الفقهاء حول القدر أو العدد من الجلدات الذى يباح فى حالات التعزير.

والمسألة معروفة فى تعبير الفقهاء عنها بهذا السؤال (هل يتجاوز بالتعزير مقدار الحد ؟) .

وقد ذهب مالك إلى أنه لا حد لأعلى التعزير بالجلد ، فالقاضى يحكم بما يراه كافياً لتحقيق أهداف العقوبة فى زجر الجانى ، وردع العامة ، ولصلاح الجانى بما يكفه عن العود إلى الجريمة (٥٧) . ويعتبر رأى الإمام مالك هذا أكثر الآراء توسعة فى هذا الخصوص.

وقد ذهب الظاهرية والزيدية وفريق من الحنابلة إلى أنه لا يجوز أن يزيد عدد جلدات التعزير على عشر جلدات . ويؤيدون رأيهم هذا بالحديث المتفق عليه «لا يجلد فوق عشر جلدات إلا فى حد من حدود الله» (٥٨) .

وقد ذهب الأحناف والشافعية وبعض الحنابلة إلى أنه يجوز أن يزيد الجلد فى التعزير على عشر جلدات بشرط ألا يبلغ عدد الجلدات العدد المقرر لحد من الحدود . واختلفوا فى تحديد العدد الذى يبلغه الجلد فى التعزيرات . فقال بعضهم ٧٥ جلدة ، وقال البعض ٩٩ ، وقال غيرهم ٣٩ ، وحدده آخرون بعشرين جلدة .

وهؤلاء يؤيدون مذهبهم بالحديث الذى رواه البيهقى فى سننه «من بلغ حدًّا فى غير حد فهو من المعتدين» (٥٩) ويردون على رأى الظاهرية والزيدية بأن الحديث الذى يستندون إليه قد نسخ بدليل عمل الصحابة ، خاصة عمر وعلى ، على خلافه .

ولعل أعدل الآراء فى المسألة هو رأى ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية (٦٠) حيث قررا أن

(٥٧) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ص ٢٠٤ – ٢٠٥ ، وشرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٨ ص ١٤٣ .

(٥٨) المحلى لابن حزم جـ ١١ ص ٤٠٤ ، والروض النضير للسياغى جـ ٤ ص ١٧٨ .

(٥٩) سنن البيهقى جـ ٨ ص ٣٢٧ طبع حيدر آباد بالهند .

(٦٠) السياسة الشرعية لابن تيمية ، ص ١٢٥ ، والطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص ١٠٦ – ١٠٧ وقد أيد مذهبهما =

حديث «لا يجلد فوق عشر جلدات» مقصور على العلاقات الخاصة ، التى يحتاج أحد طرفيها إلى تأديب الآخر ، ومثلا لها بالوالد وولده والسيد وخادمه ، ومن ثم فلا مدخل له فى موضوع العقوبة التعزيرية . وأما الحديث الآخر فإنهما يفسرانه بمعنى أنه لا يبلغ بعقوبة التعزير فى جريمة شرع فيها الحد وامتنع توقيعه لعدم تمامها ، أو لقيام مانع دون تطبيقه ، مقدار الحد المشروع فى جنسها ، ومثَّلا لذلك بمقدمات الزّنى فلا يبلغ بالتعزير عليها حد الزّنى ، والسرقة من غير حرز فلا يبلغ فى التعزير عليها حد السرقة ، والشتّم الذى ليس قذفاً لا يعاقب فيه بمثل عقوبة القذف . وهكذا فى كل جريمة شرع فى جنسها الحد يجب أن يقلَّ التعزير فيها عن مقدار العقوبة المقررة لها حدًّا .

ولا يفوتنا أن نذكر هنا أن هذا الخلاف سوف يكون من الطبيعى حسمه – فى العصر الحديث – بتدخل تشريعى يحدد فيه المشرع العقوبات التى تقرر وتوقع على الجناة فى كل حالة من حالات الجرائم التعزيرية .

١١٥ – عقوبة الإعدام :

من المقرر فى الفقه الجنائى الإسلامى أن جرائم الحدود هى أخطر الجرائم فى نظر الشريعة الإسلامية ، ومن ثم كانت عقوباتها أقسى العقوبات . أما التعزير فالأصل فيه أنه نظام يقرر العقوبات للجرائم الأقل خطورة ، ومن ثم فإن عقوبة الإعدام – بحسب هذا الأصل – يجب أن تستبعد من نطاق العقوبات التعزيرية لتبقى مقررة فى جرائم الحدود عقوبة على زنى المحصن وعلى الحرابة ، وباعتبارها قصاصاً ، على قتل النفس بغير حق(٦١) .

ومع تقرير هذا الأصل فى الفقه الإسلامى فإن الفقهاء – فى مختلف مذاهبهم – يشيرون إلى حالات يجوز فيها توقيع عقوبة الإعدام تعزيراً . ويقتصر نطاق عقوبة الإعدام هنا – بطبيعة الحال – على بعض الجرائم الخطيرة التى لا يجدى فى إصلاح مرتكبيها أو زجرهم عقوبة أخرى أيًّا كانت ، ولذلك يلجأ الفقه الجنائى الإسلامى إلى تقرير الإعدام عقاباً عليها . ولذلك يضرب الأحناف أمثلة لهذه الجرائم منها : المعتادون على ممارسة الشذوذ الجنسى ، والمعتادون على سرقة المنازل ، والقاتل الذى يتخلف شرط من شروط توقيع القصاص عليه بسبب الآلة التى يستخدمها فى القتل ، وبصفة عامة ، أولئك الجناة الذين لا يمكن كف ضررهم عن المجتمع بعقوبة أخرى(٦٢) .

= ابن الشاط المالكى فى تعليقه على الفروق السنية للقرافى ، انظر جـ ٤ ص ١٧٧ .

(٦١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، جـ ٢ ص ٢٠٥ .

(٦٢) حاشية ابن عابدين ، جـ ٤ ص ٢٧ ، ٦٢ – ٦٤ .

أما المالكية فإنهم يطبقون باطراد مبدأ ملاءمة العقوبة للجريمة والمجرم . ولذلك يقررون جواز تطبيق عقوبة الإعدام تعزيراً فى حالات معينة ، إما بسبب الجريمة التى تكون طبيعتها بالغة الخطورة ، كجريمة التجسس على الوطن لحساب الأعداء ، أو بسبب طبيعة المجرم ، كأن يكون معتاداً على الإجرام لا يكف شره – فى نظر القاضى – بغير عقوبة الإعدام(٦٣) ، ويذهب هذا المذهب فريق من الشافعية والحنابلة(٦٤) .

ومما يجب ذكره أن الإعدام كعقوبة تعزيرية يؤيده بعض الروايات الثابتة عن رسول الله ﷺ كأمره بقتل شارب الخمر فى الرابعة ، وأمره بقتل الجاسوس المسلم ، وأمره بقتل الذين كانوا يؤذون المسلمين عند فتح مكة(٦٥) . ومع ذلك فإن عقوبة الإعدام فى جرائم التعزير يجب أن تبقى فى أضيق نطاق ممكن فلا يتوسع فى تطبيقها ، باعتبارها من الخطورة والشدة بحيث يجب قصرها على الجرائم الخطيرة التى لا يعالج الإجرام فيها بوسائل أخرى ، أو المجرمين الخطرين الذين لا يمكن كف شرهم عن المجتمع بوسيلة أخرى . وفى هذا النطاق يمكن إباحة التعزير بعقوبة الإعدام . ويمكن الإفادة فى هذا الخصوص بالأمثلة التى ضربها الفقهاء ، والقيود التى أحاطوا بها إباحة الحكم بالإعدام فى حالات التعزير .

١١٦ – اجتماع التعزير مع غيره من العقوبات :

الأصل فى الشريعة الإسلامية هو العقاب على الجريمة بعقوبة واحدة . وقد تقرر هذا الأصل بآيات كثيرة فى القرآن الكريم منها قوله تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها) الشورى – ٤٠ ، وقوله (ومن جاء بالسيئة فلا يجزى إلا مثلها وهم لا يظلمون) الأنعام – ١٦٠ ، وقوله تعالى (والذين كسبوا السيئات جزاء سيئة بمثلها) يونس – ٢٧ . ومع ذلك فقد اقتضى تحقيق أغراض العقوبة ، من الزجر والردع والإصلاح ، أن يبيح الفقهاء إضافة عقوبة إلى أخرى تحقيقاً لهذه الأغراض . ولاشك فى اتساق هذا المبدأ مع السياسة العقابية فى الفقه الإسلامى التى تهدف إلى القضاء على ظاهرة الجريمة فى المجتمعات المسلمة ، أو التقليل ما أمكن من وجودها .

وتأسيساً على هذا فإن الأحناف يرون جواز اجتماع التعزير مع عقوبات الحدود كلما كانت ظروف الجريمة أو المجرم تقتضى ذلك . وبذلك فسروا نفى الزانى غير المحصن سنة مع جلده مائة . وأباحوا

(٦٣) ابن فرحون ، المصدر السابق ، وقارن بذلك راى الأستاذ Coulson فى مقاله
The State and the Individual in Islamic Law. I.C.L.Q. Jan. 1957. P. 54.
(٦٤) ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكمية ، ص ١٠٧ – ١٠٨ ، وكشاف القناع للبهوتى ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ .
(٦٥) زاد المعاد فى هدى خير العباد ، لابن قيم الجوزية ، جـ ٢ ص ٦٨ من طـ القاهرة ١٣٧٩ هـ .

للقاضى أن يتجاوز عقوبة الحد بإضافة عقوبة تعزيرية إليهاكلما رأى القاضى ذلك ضرورياً ، بل أجازوا العقوبة بالإعدام فى الجرائم المتكررة التى لا تقتضى أى منها إذا انفردت مثل هذه العقوبة ، وسموه «القتل سياسة» أى للمصلحة العامة(٦٦) .

وبمثل ذلك قال المالكية فى شأن جرائم الإعتداء على النفس بالقتل والجرح ، فقرروا جواز إضافة التعزير إلى العقوبة المقررة لهذه الجرائم فى الحالات التى لا تكون العقوبة فيها القتل قصاصاً . ويرون فى ذلك وسيلة لزجر الجانى ، وردع غيره ممن قد تحدثهم أنفسهم بإرتكاب مثل هذه الجرائم(٦٧) .

ولذلك فإنه يمكن القول بأن عقوبة العود إلى الإجرام تؤخذ فى الفقه الجنائى الإسلامى من معالجة الفقهاء للعقوبات التعزيرية ، بل لقد نصوا – كما فى مذهب الأحناف – على تشديد العقوبة فى حالة العود عنها فى الإجرام لنمرة الأولى . ولا يخفى ما لذلك من أهمية فى فهم السياسة الجنائية كما يصورها الفقه الإسلامى .

١١٧ – **سلطة القاضى فى التعزير :**

من الأفكار الشائعة عن التعزير كنظام للعقوبات فى الشريعة الإسلامية ، أن القاضى حر تماماً فى تحديد الجريمة وعقوبتها ، والحكم بهذه العقوبة ، تعزيراً للجانى . وأنه – خارج نطاق الجرائم المعروفة بجرائم الحدود والقصاص – فليس من قيد على سلطان القاضى فى تحديد الجرائم والعقوبات . وقد عبر عن مدى شيوع هذه الفكرة الأستاذ الشيخ محمود شلتوت حين قال عن التعزير إنه سلطة واسعة للقاضى «يؤدب به من شاء على ما شاء بما شاء»(٦٨) .

ولاشك أن مثل هذه السلطة غير المحدودة أو المقيدة للقاضى أمر غير معروف فى النظم العقابية المعاصرة ، وهى كذلك مصادمة للقاعدة التى تجمع عليها القوانين الحديثة ، والتى سبقت بها الشريعة الإسلامية ، والتى مفادها «ألاّ جريمة ولا عقوبة بغير نص»(٦٩) .

---

(٦٦) ابن عابدين الحاشية ، جـ ٤ ص ٦٢ – ٦٣ ، ٢١٤ – ٢١٥ ، وابن تيمية ، الصارم المسلول على من سب الرسول ، طبع الهند . جـ ١ ص ١٢ .

(٦٧) الحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، جـ ٦ ص ٢٤٧ ، وابن فرحون ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٥٩ .

(٦٨) الإسلام عقيدة وشريعة ، طـ دار القلم بالقاهرة ، ص ٣١٤ ، وفى ص ٢٦٦ من الطبعة الأولى لهذا الكتاب .

(٦٩) فى موقف الشريعة الإسلامية من هذه القاعدة وتأصيلها فيها انظر تقرير الدكتور عبد الأحد جمال الدين «الشرعية الجنائية فى الشريعة الإسلامية» – مقدم إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية ، والتى عقدها المركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة فى مايو ١٩٧٦ . وكذلك تقرير الدكتورة سلوى بكير إلى نفس الحلقة ، وقد سبقت الإشارة إليها ، وانظر بتفصيل أوفى بحثنا عن مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الرابع ، ١٩٧٧ .

وسوف نحاول هنا أن نتبين مدى صدق هذه الفكرة الشائعة ، والتى عبر عنها الشيخ شلتوت فى قوله السابق ، ومدى اتفاقها ونظام التعزير كما عرفته كتابات الفقهاء المسلمين . وليس من شك فى أن الفقهاء قد أبدوا اتجاهاً إلى تحديد هذه السلطة ، وتقييدها بما ضربوه - بكثرة كثيرة - من أمثلة للجرائم التعزيرية وعقوباتها . غير أن ما يعنينا هنا هو مدى صدق هذه الفكرة عن سلطة القاضى وإطلاقها ، من الناحية النظرية ، أو من ناحية الأصول العامة لنظام التعزير .

١١٨ - سلطة مقيدة لا مطلقة :

ويجب أن نقرر أولا أن فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة متفقون على أن القاضى لا يملك تحديد العقوبات بالهوى أو التشهى ، بل عليه أن يجتهد فى ذلك بما هو الأصلح للمسلمين ، وبعبارة أخرى فإن على القاضى مراعاة مبدأ ملاءمة العقوبة للجريمة ولظروف الجانى ، واختيارها على هذا الأساس ، وإلا كان تصرفه - بغير ذلك - « فسوقاً ومخالفاً للإجماع » [٧٠] .

ومن ثم فإن التعبير عن سلطة القاضى فى التأديب أو العقاب تعزيراً بأنها تتضمن أن يعاقب « بما شاء » تعبير غير دقيق ، بل غير صحيح . فهو يعاقب : أولاً - بالعقوبات التى لا تخالف الأحكام العامة فى الشريعة ، والمتعلقة بالعقاب . وهو يعاقب : ثانياً - بأكثر العقوبات ملاءمة للفعل الذى يحاكم الجانى من أجله ، ولأحوال الجانى النفسية والاجتماعية ، بحيث يكون الغالب من أمره أنه بعد توقيع هذه العقوبة عليه لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى . ويراعى القاضى فى كل ذلك ظروف المجتمع ككل ، بحيث يجتمع فى العقوبة - إلى الشرطين السابقين - صلاحيتها كرادع لغير الجانى من الأفراد الذين قد تحدثهم أنفسهم بارتكاب مثل جريمته . فالقاضى فى واقع الأمر يحكم بالعقوبة التعزيرية وفق ما يؤديه إليه اجتهاده المقررة قواعده فى علم الأصول ، والمقيدة إطلاقاته بالحدود التى بيناها فيما سبق .

والتعبير عن سلطان القاضى فى تحديد الجرائم التى يعاقب عليها تعزيراً - أو عن سلطة الحاكم فى ذلك - بأنها تبيح العقاب « على ما شاء » فيه من الإطلاق والشمول مالا يتفق وقواعد الشريعة الجنائية المتعلقة بتحديد الجرائم . وبيان ذلك أنه خارج نطاق جرائم الحدود والقصاص ، فإن التعزير جائز على كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة . وهذه المعاصى قد تكون جريمة حد غير كاملة (شروعاً كان فعل الجانى ، أو جريمة مستحيلة ، أو موقوفة) أو تكون معصية أخرى تخالف طبيعتها طبيعة جرائم الحدود . وهذه الحالة الأخيرة هى المعنية بسلطة القاضى ، أو الحاكم ، فى العقاب « على ما شاء » ولكى نحدد مدى هذه السلطة يجب أن نذكّر بأنه من القواعد الأصولية المتفق عليها أن الحكم على

(٧٠) القرافى ، الفروق ، جـ ٣ ط القاهرة ١٩٣٩ ، ص ١٦ - ٢٠ وجـ ٤ ص ١٨٢ .

شيء ما أو تصرف ما بأنه مباح أو محرم ، ومن ثم بأنه مجرّم أو غير مجرّم ، فى الشريعة الإسلامية ، من الأمور التى يوقف فيها عند كتاب الله وسنة رسوله فحسب (٧١) .

وقد تضمنت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية تحريم العديد من الأفعال ، واعتبارها تبعاً لهذا التحريم معاصىَ ، أو جرائم ، توجب أو تجيز ، تعزير فاعلها . وسلطة القاضى فى هذه الجرائم – إذا حوكم فاعل أى منها أمامه – مقصورة على اختيار العقاب الملائم لكل جريمة حسب ظروفها . وليس للحاكم فيها من سلطة أصلا إلا إذا أراد التدخل فى شأنها بتحديد عقوبة يراها مناسبة لكل أو بعض هذه المعاصى تحقيقاً لمصلحة من المصالح ، كأن يراعى عدم تضارب أحكام القضاة ، أو تسهيل مهمتهم فى اختيار العقاب ، أو حماية المجتمع من بعض الجرائم الأكثر شيوعاً فيه فى زمن معين أو ظروف معينة .

ونذكر هنا بعض أمثلة لهذه الجرائم التعزيرية ، ثم نناقش مدى سلطان القاضى أو الحاكم خارج نطاقها ، أى مدى حقه فى تجريم أفعال لم يرد بتحريمها – أو تجريمها – نص فى القرآن أو السنة .

١١٩ – جريمة الربا :

حرم القرآن الربا فى أكثر من آية ، من ذلك قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) البقرة – ٢٧٥ ، وقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة) آل عمران – ١٣٠ .

وكذلك وردت السنة بتحريم الربا وإنذار فاعله بالعقاب الشديد ، مؤكدة للمعانى التى أوردها القرآن فى هذا الخصوص . ومع تأكد حرمته ، والنهى عن ممارسته فإن الشريعة الإسلامية لم تأت بعقوبة محددة لفاعله (٧٢) .

ويعتبر الربا – بحكم النصوص المحرمة له – جريمة من الجرائم التعزيرية التى يجوز العقاب عليها .

---

(٧١) انظر فى تفصيل هذا المعنى بحثاً لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى بعنوان ، الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية ، ط الإسكندرية ١٩٦١ ص ٤٢ وما بعدها . وقد قرر القرآن هذا المعنى فى آيات عديدة من أكثرها شيوعاً فى الاستعمال قوله تعالى (إن الحكم إلا لله) يوسف ٤٠ . والانفراد بسلطة التحريم والإباحة هو المعنى الصحيح لحاكمية الله تعالى . وليس صحيحاً ما فهمه البعض منها من تحتم شكل معين للنظام السياسى فى الدولة ، فذلك من الأمور المتروكة لاختيار المسلمين حسب ظروفهم المختلفة زماناً ومكاناً بشرط تحقيق النظام الذى يختارونه الأهداف العامة للشريعة ومراعاته أحكامها وقد فصلنا ذلك فى كتابنا «فى النظام السياسى للدولة الإسلامية» القاهرة ، ١٩٧٨ ، (الطبعة الثانية) .

(٧٢) ذهب الأستاذ N.J, Coulson فى كتابه A History of Islamic Law إلى أن الربا لا يعد جريمة فى الفقه الإسلامى وذلك لأنه لم ينص على عقوبته كما نص على تحريمه . ويغفل هذا الرأى عن حقيقة نظام التعزيز وتوفيره العقاب على المعاصى كلها . الصحيح أن الربا جريمة يعاقب عليها تعزيراً كما نبين هنا . انظر فى تفصيل رأيه هذا ص١٤٢ وما بعدها من طبعة ١٩٧١ .

ويقتصر دور القاضى فى هذا الصدد على اختيار العقاب الملائم للفعل المجرَّم . وقد يثور هنا سؤال حول مدى دور القاضى فى التجريم ذاته ، بسبب اختلاف الفقهاء فى المعاملات الربوية وتحديدها . والواقع أنه مع هذا الاختلاف الفقهى فى تحديد المعاملات الربوية فإن القاضى لكى يحكم بالعقوبة عليه أولا أن يتبين عناصر الجريمة ومدى توافرها ، فإن تأكد له وقوعها انتقل إلى تحديد العقاب عليها . ولن يخرج دور القاضى فى جريمة التعامل الربوى عن ذلك . يتبين أولا – حسب اجتهاده – ما إذا كانت المعاملة المعروضة عليه ربوية أم لا . فإن ثبت له وقوعها فى دائرة الربا المحرم ، تخير لها العقوبة المناسبة . وبعبارة أخرى فإن دور القاضى هنا هو التأكد من مطابقة سلوك الفاعل للنموذج الإجرامى فى حالات الربا المتفق عليه ، وهو «تقدير» الفعل الصادر من المتهم والحكم عليه بأنه ربا قبل النطق بعقوبته . وذلك – فى حقيقته – هو دور القاضى الجنائى ، أيًّا ماكان القانون الذى يطبقه (٧٣).

١٢٠ – جريمة شهادة الزور :

الشهادة بغير الحق ، أو شهادة الزور ، من الأمور المحرمة فى الشريعة الإسلامية ، وقد نص القرآن على ذلك (يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) النساء – ١٣٥ ، ومدح القرآن المؤمنين بأنهم (لا يشهدون الزور) الفرقان – ٧٢ ، وأمرهم أن يكونوا كذلك (واجتنبوا قول الزور) الحج – ٣٠ .

ولخطورة الآثار التى تترتب على شهادة الزور ، وعظم الإثم الذى يتحمله فاعلَها فإن الفقهاء قد أفاضوا فى بحثها لبيان أحكامها . ومن المجمع عليه عندهم وجوب توقيع العقوبة على شاهد الزور ، وبيان أمره ، زجراً له وردعاً لغيره . وقد كان جهد الفقهاء – وكذلك يجب أن يكون جهد القاضى – موجهاً نحو تحديد العقوبة الأصلح لهذه الجريمة . أما الجريمة ذاتها فقد أنشأتها النصوص القرآنية المحرمة لشهادة الزور ، وليس من عمل – فى هذا الباب – لقاضٍ أو فقيه .

١٢١ – جريمة خيانة الأمانة :

أوجب القرآن الكريم على المسلمين الوفاء بالأمانة ، وردها إلى أصحابها فقال (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل) النساء – ٥٨ ، وقال –

(٧٣) قارن بذلك الدكتور رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ١٩٧١ ، ص ٤٩٦ – ٤٩٩ . وهو يقول فى ص ٤٩٦ «إنه ليس يلازم فى تحريم سلوك انسانى معين ، أن يدرج فى القاعدة المعاقبة على هذا السلوك تعداد جامع لكل الصور التى يمكن عملا أن يتمثل فيها» .

مادحاً المؤمنين – (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون) المؤمنون – ٨ ، والمعارج – ٣٢ . وقرن خيانة الأمانة – فى عظم إثمها – بخيانة الله ورسوله فقال (يأيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم) الأنفال – ٢٧ (٧٤).

ومن هذه الآيات أخذ الفقهاء حكم الإسلام بتحريم خيانة الأمانة ، وتعتبر لذلك من الجرائم التعزيرية التى على القاضى أن يختار لها ، حين تعرض عليه ، العقوبة الملائمة لردع الناس عنها . ولعله من المناسب هنا أن نذكر أن بعض الفقهاء يرى أن رسول الله ﷺ قد سوى فى بعض قضائه بين خيانة الأمانة والسرقة ، فروى عنه الإمام مسلم فى صحيحه أنه أمر بقطع يد امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده – أى تنكر أنه لديها لئلا ترده إلى أصحابه – وجحد العارية خيانة للأمانة . وقد يقال بناء على هذا النص أن فى خيانة الأمانة عقوبة الحد المقررة لجريمة السرقة وهى قطع اليد .

غير أن الصحيح أن هذه المرأة سرقت فقطعت يدها . وبذلك وردت الروايات فى الصحيحين ، وذكر فيها جحد المتاع لأنه كان من عادة هذه المرأة . أما خيانة الأمانة فينتفى فيها ركنان من أركان السرقة ، أحدهما أخذ المال خفية (أى بغير علم صاحبه) والثانى نية التملك أو القصد الجنائى الذى يجب توافره عند أخذ المال لذلك قال جمهور الفقهاء – خلافاً للإمام أحمد بن حنبل – باعتبار خيانة الأمانة جريمة تعزيرية وليست من جرائم الحدود (٧٥).

١٢٢ – جريمة السب :

من المحرمات فى الشريعة الإسلامية إيذاء الآخرين بأى طريق من طرق الإيذاء وقد ورد النص القرآنى بذلك فى أمور منها السب والسخرية بالآخرين فقال تعالى فى ذلك (يأيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ، ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن ، ولا تلمزوا أنفسكم ، ولا تنابزوا بالألقاب بئس الاسم الفسوق بعد الإيمان) الحجرات – ١١ . بل إن الأمر القرآنى قد ورد كذلك بالنهى عن سب الكافرين (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله) الأنعام – ١٠٨ .

---

(٧٤) ذكر الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله فى معرض الاستدلال على تحريم خيانة الأمانة قوله تعالى (إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان ، إنه كان ظلوماً جهولاً) الأحزاب ٧٢ . وليس لهذه الآية علاقة بخيانة الأمانة التى نتحدث عنها هنا ، إذ أنها – كما يبين من سياقها – تتحدث عن الأمانة التى تتمثل فى تكاليف الإيمان التى اختص بها الإنسان دون غيره من المخلوقات . انظر : التشريع الجنائى الإسلامى جـ ١ ص ١٣٩ .

(٧٥) صحيح مسلم جـ ١ ص ١١٥ من طبعة إستنبول . وانظر فى آراء الفقهاء بهذا الصدد الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٢٧ ، وبالتفصيل الروض النضير جـ ٤ ص ٥١٦ وما بعدها ، والمحلى لابن حزم الظاهرى جـ ١١ ص ٣٥٢ وما بعدها من طبعة المكتب التجارى فى بيروت . وابن حزم يرى خيانة الأمانة سرقة يعاقب عليها بقطع اليد .

فالسب لهذه النصوص جريمة من جرائم التعزير يعاقب عليها بالعقوبة الملائمة لها حسب الظروف التى تقع فيها .

١٢٣ – جريمة الرشوة :

كما نص القرآن على تحريم الربا ، فإنه نص على تحريم أكل أموال الناس بالباطل – أيًا كانت وسيلة هذا الباطل – ونص على أكثر صوره شيوعاً ، فقال فى الرشوة (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) البقرة– ١٨٨ .

ولم يحدد القرآن ، ولا السنة عقوبة لجريمة الرشوة فبقيت فى نطاق الجرائم التعزيرية التى يعاقب عليها فى ضوء الأحكام والشروط التى عرفناها فيما تقدم (٧٦) .

وقد تظاهرت مع هذه الآيات القرآنية – فى النص على تحريم الأفعال المتقدمة – أحاديث نبوية كثيرة تطلب فى مظانها من كتب الحديث . ويكفينا هنا أن نثبت أن أهم الجرائم التعزيرية وأكثرها وقوعاً قد نص على تحريمها فى القرآن الكريم – المصدر الأول للشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى – وأنه بعد ورود النص بالتحريم فى القرآن الكريم فلا يبقى أمام القاضى سوى تحديد العقاب الملائم لكل فعل (٧٧) .

وليس المقصود من بحثنا لهذه المسألة أن نزعم انعدام أى سلطان للقاضى – أو الحاكم – فى تحريم أفعال لم ينص على تجريمها فى القرآن أو السنة ، وإنما رمينا إلى بيان مدى الصواب فى التعبير عن هذه السلطة بأنها سلطة العقاب «على ما شاء» من الأفعال والتصرفات . وقد ثبت فى شأن المنصوص عليه من المعاصى ، أنها سلطة العقاب على المحرم من الأفعال والتصرفات فحسب . أما حين لا يكون ثمة نص فإن سلطان التحريم مقيد أيضاً بالأغراض العامة والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية على ما نبينه فى الفقرة التالية .

---

(٧٦) صدر فى المملكة العربية السعودية المرسوم الملكى رقم ١٥ بتاريخ ٧/٣/١٣٨٢ هـ بنظام مكافحة الرشوة محدداً لصور ارتكاب الجريمة والعقوبة المقررة لها ، وحالات الإعفاء من العقاب ، وقد سبق صدور هذا النظام نصوص تضمنتها بعض الأنظمة السعودية وعلى الأخص نظام الموظفين العام . راجع فى ذلك الدكتور أحمد عبد العزيز الألفى ، النظام الجنائى بالمملكة العربية السعودية ، الرياض ، ١٩٧٦ ، ص ٨٢ – ٨٩ .

(٧٧) ذكر الأستاذ عبد القادر عودة فى المرجع السابق ، ص ١٣٨ – ١٤٢ هذه الجرائم الخمس المتقدمة ، وأضاف إليها : تحريم بعض المطاعم ، القمار أو الميسر ، التجسس ، دخول البيوت بغير إذن ، وغش المكاييل والموازين . وقد يستخرج الناظر فى القرآن الكريم عدداً آخر من المحرمات التى تعتبر جرائم تعزيرية .

١٢٤ – سلطة التجريم فى ظل نظام التعزير :

عرّفنا فيما سبق نظام التعزير بأنه نظام عقابى يوفر عقاباً لكل معصية لا حد فيها ولا كفارة . سواء كانت هذه المعصية اعتداءً على حق لله – أى من الحقوق العامة – أو حق لأحد الأفراد . وبعض هذه المعاصى منصوص عليها فى القرآن والسنة ، وبرغم أن هذه المعاصى المنصوص عليها غير مجموعة – وما كان لها أن تجمع – فى مكان واحد من كتاب الله أو سنة نبيه فإن استقراءها وحصرها من نصوص آيات وأحاديث الأحكام أمر غير عسير.

غير أنه حتى لو استقرأت هذه المعاصى وجمعت ، ودونت فى نصوص محددة ، كما طالب البعض (٧٨) ، فإن ذلك غير كاف فى حصر كافة الأفعال التى تعتبر معاصى لتعارضها مع مصلحة الجماعة أو لتضمنها اعتداء على مصلحة الأفراد ، خاصة وهذه المصالح متغيرة بتغير الزمان والمكان ، ومن المقرر فى أصول الفقه وجوب تغيير الأحكام التى تبنى على مصالح معينة كلما تغيرت هذه المصالح .

والمصالح الأساسية التى تقررها الشريعة الإسلامية ، والتى لأجلها أنزلت الأحكام أصلا ، متعلقة بالأمور الخمسة الآتية : حفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال . ويعتبر ذلك هو الهدف النهائى لكافة الأحكام الشرعية ، لذلك كان – برغم عدم ورود نص صريح مقرر له – محل اتفاق الفقهاء على اختلاف مدارسهم الفقهية والفكرية (٧٩) .

والتكليف الأساسى الذى تدور حوله واجبات الحاكم المسلم ، والجماعة المسلمة ، والفرد المسلم ، هو حفظ هذه الأمور الخمسة ، ولذلك قرر الفقهاء لمن ولى أمر المسلمين سلطة العقاب على أى أعتداء على واحد أو أكثر منها ، بهدف توفير الحماية الكاملة لها . وقد يكون العقاب محدداً ، لفعل معيّن ، كما فى حالات الجرائم التى تعرف بجرائم الحدود والقصاص فيقتصر دور الحاكم ، أو السلطة المختصة ، على توقيع العقاب . وقد يكون ثمة نص على تحريم الفعل دون تحديد عقوبة له ، كما فى جرائم التعزير التى أشرنا إليها فيما تقدم ، فيكون تكليف السلطة المختصة بالعقاب عليه مقصوراً على تحديد العقاب وتوقيعه . وقد يكون – أخيراً – بعض الأفعال ضارًّا بمصلحة الجماعة فى صورة تعارضه مع حفظ أحد الأمور الخمسة المذكورة آنفاً ، فيقتضى ذلك من أولى الأمر تحديد الفعل المعاقب عليه – أى تجريمه –

(٧٨) الدكتور عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ذكره ص ٤٤٣ – ٤٤٥ .

(٧٩) الموافقات فى أصول الشريعة للإمام الشاطبى ، جـ١ ص ٣٨ ، وجـ٢ ص ١٠ ، طبعة القاهرة (بدون تاريخ وبتعليق الشيخ عبد الله دراز) .

ثم توقيع العقاب على فاعله .

ويجمع هذه الواجبات كلها أمر الله تعالى للمؤمنين : (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ، ويأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر) ووصفه إياهم (كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف ، وتنهون عن المنكر) . وهذا الأمر والوصف فى عمومه وشموله يوجب على السلطات فى الجماعة المسلمة توجيه جهودها لتنفيذه . فليس الأمر أمر اجتهاد فحسب ، بل هو تنفيذ لأمر صريح فى القرآن الكريم لا تبقى بغيره للأمة المسلمة صفتها هذه ، ولا يستحق — إن أهمله — حاكم مسلم مكان الولاية على المسلمين . وتحت هذه القاعدة العامة ، تدخل أفعال الناس وتصرفاتهم ، فتصنف بحسبها ويقرر للمسىء عقابة وللمحسن ثوابه . (٨٠) . والحاكم — أو سلطة الدولة — هى التى تقرر — فى تشريعاتها — ما يباح أو لا يباح تطبيقاً لهذه القاعدة ، خارج نطاق النصوص المحددة لذلك فى القرآن والسنة . وحين يقرر الحاكم عقوبة على فعل معين ، أى حين يمنع من إتيان أمر فيأتيه بعض الناس فيعاقبون ، فإنهم حينئذ يعاقبون باعتبارهم «جناة» أو «عصاة» . ولا يصح فى حقهم القول بأن الحاكم يعاقب — معتمداً على سلطته فى باب التعزير — «من شاء» ! .

وقد يبدو أن ثمة تعارضاً بين هذه السلطة التشريعية — التى يُعْطاها الحاكمُ أو سلطات الدولة المختصة — وبين القاعدة التى قررناها قبل قليل ، والتى مقتضاها أن سلطة التحريم والإباحة من السلطات التى يملكها — فى نظر الإسلام — الله سبحانه وتعالى . وهذا غير صحيح . ذلك أنه لا القرآن ولا السنة أعطيا — وليس متصوراً فيهما أن يعطيا — تشريعات تفصيلية تنظم كل نواحى الحياة الإنسانية فى كل العصور والظروف .

وإنما اقتصرت التشريعات القرآنية ، وتلك الواردة فى السنة على التنظيم التفصيلى لمسائل قليلة لا يتغير حكمها بتغير الظروف والأزمنة ، وجاءت فيما عدا هذه الأحكام المحدودة بقواعد عامة ، وأصول كلية تبنى عليها الأحكام التفصيلية الملائمة للظروف والأزمان التى تعيش فيها الجماعات المسلمة . ولم يكن بد — والحال كذلك — من إعطاء المسلمين حق تقرير ما يشاءون خارج نطاق النصوص الواردة فى القرآن والسنة بما يحفظ لهم مصالحهم فى جوانبها المختلفة ، وبما لا يتعارض مع نصوص الشريعة العامة وقواعدها الكلية . وهذه التشريعات تكون فى واقع الأمر مؤسسة على النصوص التى توجب على الجماعة تحقيق المعروف وكفّ المنكر ، والنصوص التى تقرر حق

(٨٠) المرجع السابق جـ ٢ ص ٧ — ١٤ ، والفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية لأستاذنا محمد مصطفى شلبى ، ص ١١٠ — ١١٢ .

الاجتهاد [٨١].

وقد عرف الفقهاء هذا الحق للأمة – أو السلطة المختصة فى الدولة – تحت عنوان « السياسة الشرعية » وفيها يقول ابن قيم الجوزية « السياسة نوعان : سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها . وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم الفاجر ، فهى من الشريعة . علمها من علمها ، وجهلها من جهلها » . ويقول نقلا عن ابن عقيل – أحد أعلام الحنابلة – إن العمل بالسياسة الشرعية هو الحزم ، ولا يخلو منه إمام « فقال شافعى : « لا سياسة إلا ما وافق الشرع » . فقال ابن عقيل : « السياسة ماكان فعلا يكون الناس مع أقرب إلى الصلاح ، وأبعد عن الفساد . وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى . فإن أردت بقولك (إلا ماوافق الشرع) أى لم يخالف مانطق به الشرع فصحيح . وإن أردت لا سياسة إلا ما نطق به الشرع : فغلط وتغليط للصحابة » ويعقب ابن القيم على كلام ابن عقيل فيقول : « وهذا موضع مزلة أقدام ، ومضلة أفهام . وهو مقام ضنك ومعترك صعب . فرط فيه طائفة فعطلوا الحدود . وضيعوا الحقوق . وجرَّءوا أهل الفجور على الفساد . وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد . . . فلما رأى ولاة الأمور ذلك ، وأن الناس لا يستقيم لهم أمر إلا يأمر وراء ما فهمه هؤلاء من الشريعة أحدثوا من أوضاع سياستهم شرًّا طويلاً ، وفساداً عريضاً ، فتفاقم الأمر وتعذر استدراكه ، وعز على العالمين بحقائق الشرع تخليص النفوس من ذلك واستنقاذها من تلك المهالك » .

« وأفرطت طائفة أخرى قابلت هذه الطائفة ، فسوغت من ذلك ما ينافى حكم الله ورسوله . وكلتا الطائفتين أتيت من تقصيرها فى معرفة ما بعث الله به رسوله وأنزل به كتابه . فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذى قامت به السماوات والأرض . فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان : فثم شرع الله ودينه . » [٨٢].

وليس من معنى لهذه « السياسة الشرعية » التى أفاض فى بيان جوازها ابن قيم الجوزية – وأقره على رأيه فقهاء المذاهب الأخرى – إلا جواز إصدار التشريعات اللازمة لتحقيق مصالح الأمة فيما لم يأت به نص كتاب ولا سنة . فإذا كانت هذه التشريعات فى المجال الجنائى – تجريماً لأفعال وعقاباً عليها – فإنها تدخل فى نطاق التعزير ، وتقرر على أساس مبادئه وقواعده العامة .

---

(٨١) الإحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام ، للإمام القرافى ، طـ دمشق ١٩٦٧ ، ص ٢٦ – ٣١ (بتحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة) وقد قال القاضى أبو بكر بن العربى « من حكم الله أن يجعل الحكم لغيره فيما قاله وأخبر به » انظر ص ٢٨ من ترجمة ابن حزم فى سير أعلام النبلاء للذهبى ، طـ ثانية ١٩٦٩ ببيروت ، تحقيق سعيد الأفغانى .

(٨٢) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، ص ٥ ، ١٣ – ١٤ وانظر بقية ما ذكر إلى ص ٢٥ . وقد نقل ملخصاً لكلامه فى هذا الفصل ابن فرحون فى تبصرة الحكام حـ ٢ ص ١٠٤ ، وعلاء الدين الطرابلسى فى معين الحكام ص ١٦٤ . وكلاهما أقر ابن قيم الجوزية ، وبيّن أن هذا القول هو قول بمذهبه ، وأولها مالكى المذهب ، والثانى حنفى .

١٢٥ – تقويم نظام التعزير :

إذا صح ما نقدم – وهو عندى صحيح لا ريب فيه – فإن نظام التعزير كما يعرضه الفقه الجنائى الإسلامى ، هو أقوى الأدلة على مرونة أحكام هذا الفقه فى الناحية الجنائية ، وعلى قدرتها على استيعاب مصالح الناس المتجددة ، وأوضاعهم الاجتماعية المتطورة . فبغير هذا النظام كانت أحكام الفقه الجنائى ستغدو بلا ريب قاصرة عن تحقيق المصالح الاجتماعية التى ترمى إليها السياسة الجنائية فى هذا الفقه . وبعبارة أخرى فإن النصوص الواردة فى القرآن والسنة تعاقب على عدد محدود جدًّا من الجرائم ، ومن غير المعقول أن يقوم نظام جنائى لا يتضمن إلا نصوصاً خاصة ببضع جرائم فحسب ، ويظن له النجاح ، بل يطلب له الاستمرار والخلود ، خصوصاً إذا عرفنا أنه من غير المعقول أن يوضع نظام جنائى – أو على العموم أى نظام متعلق بالحياة الاجتماعية فى أى جانب من جوانبها – ويكون هذا النظام شاملا للتفصيلات الدقيقة ، ثم يتوقع منه – أو له – أن يبقى أبداً معمولاً به ، ومطبقاً مهما اختلفت الأماكن أو الأزمان .

وقد عبر عن هذه الفكرة أحد كبار القضاة فى إنجلترا فقال «إن أحداً لا يمكنه أن يعلم مسبقاً كل الوسائل التى سوف يبتكرها الشر المغروس فى الإنسان للإخلال بنظام المجتمع .» (٨٣) .

فلم يكن من سبيل أفضل من إقامة نظام عقابى ترسى قواعده العامة وأصوله نصوص القرآن والسنة ، وتترك تفصيلاته ودقائقه – إلا فى مواضع قليلة جدًّا – لتصاغ وفق متطلبات الحياة فى كل عصر من العصور . وقد سلكت هذا السبيل الشريعة الإسلامية حين نصت فحسب على جرائم القصاص والحدود ، وتركت كل ما عداها لنظام التعازير بما يوفره من مرونة ويسر واستجابة للمتغيرات الاجتماعية . والاقتصادية فأعطت الحاكم ، أو السلطة المختصة فى الدولة حق إصدار التشريعات اللازمة لمحاربة السلوك الضار اجتماعيًّا ، وأوجبت فى نفس الوقت على الأفراد طاعة الحكام فيما يرونه من إجراءات أو تشريعات محققًا لمصالح المجتمع أو أفراده (يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم) النساء – ٥٩ .

١٢٦ – تطبيق النظم الجنائية الإسلامية :

وإذا كنا قد قلنا فى بداية هذا البحث ، وما زلنا نقول ، إن مرونة قواعد نظام التعزير تجعله صالحاً للتطبيق فى عصرنا هذا ، وفى كل عصر ، فإننا يجب أن نحذر هنا من أمرين يقع فيهما كثير من

(٨٣) Lord Simond, quoted in H.L.A. Hart, Law, Liberty and Morality, London 1969, P. 9.

« المدافعين » عن تطبيق الشريعة الإسلامية ، أو المنادين بذلك . أولها أن يظن أن أحكام التشريع الجنائى الإسلامى ، وتفاصيل السياسة الجنائية كما بينها الفقهاء المسلمون صالحة للتطبيق – أو يجب أن تطبق – فى المجتمعات المسلمة بأوضاعها الحاضرة . وأعنى بأوضاعها الحاضرة ، فى ظل قيمها التى تعتنقها اليوم ، أو يعتنقها غالب الناس فيها ، فى مجالات الحياة المختلفة سياسية واقتصادية واجتماعية وأخلاقية . فأحكام التشريع الإسلامى عامة ، وأحكامه الجنائية خاصة ، تصلح للتطبيق فى المجتمع الذى أنزلت له ، فى المجتمع الذى يسود فيه الإسلام عقيدة وشريعة ، وتسوده قيم الإسلام فى سياسة الحكم وسياسة المال ، وأخلاق الناس ، ومعاملات الأفراد والجماعات ، ومثل هذا المجتمع هو الذى يمكننا أن نطبق فيه على المخالفين لأحكام الشريعة الإسلامية العقوبات التى قررتها هذه الشريعة . وأن نقيم فيه خطة للسياسة الجنائية والعقابية مستمدة من تعاليم الإسلام ، مستفيدة من جهود علماء المسلمين فى هذا المجال .

إن المجتمع الإسلامى (أو المسلم) ليس هو الذى يصنع قانونه ، فإن قانونه مصدره الأصيل وحى السماء الذى دون فى القرآن وثبت فى السنة . غير أن هذا القانون – وحده – لا يصنع المجتمع المسلم وإنما يقتصر دوره على حمايته وكفالة استمراره بحفظ مقومات وجوده وجماله وكماله . وذلك هو دور النظام القانونى فى كل عصر وفى كل مجتمع . نظام يحمى القيم الاجتماعية والسلوكية ، بتقريرها – بعد أن تستقر فى وجدان الجماعة – وفرض العقاب على من يخالفها – بعد أن تصبح هذه المخالفة مسلكاً مرفوضاً من جانب المجموع – ويصبح تقرير العقاب عليها مقبولا لدى الأفراد ، وتوقيعه مصدراً لرضائهم بإرضاء الشعور بالعدالة فى نفوسهم . وكل نظام قانونى لا تتحقق فى أوامره ونواهيه وجزاءاته هذه الشروط فهو نظام مقضى عليه بالفشل ، مكتوب له أن يبقى حبيس الوثائق التى قررته .

ولذلك نقرر هنا أنه ينبغى للعمل على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، أن يسبقه ويؤازره العمل على إعادة صياغة القيم الإسلامية وتركيزها فى نفوس الناس فى المجتمع الذى يراد فيه تطبيق هذه الأحكام . وبعبارة أخرى فإنه لا معدى لمن يعتقدون معنا بوجوب العودة إلى تطبيق الأحكام الشرعية – أو القانونية – الإسلامية ، من أن تتضافر جهودهم لإعادة بناء الحياة الاجتماعية إسلاميًّا ، لإعادة تحقيق المجتمع المسلم الذى لن تصلح لحكمه غير قوانين الإسلام ، إذ تكون قد سادت فيه قيمه ، والذى لا تصلح قوانين الإسلام للتطبيق إلا فيه .

أما الأمر الثانى ، الذى يجب أن نحذر منه هنا ، فهو ما يقع فيه بعض الباحثين – بحسن نية – من محاولة تخريج أحكام القوانين المعمول بها الآن فى معظم البلاد الإسلامية على قواعد الشريعة والفقه الإسلامى ، زاعمين أن تغييرات بسيطة هنا وهناك فى هذه القوانين والنظم تقلبها من وضعية إلى

إسلامية . محتجين لذلك بأنه ما من حكم فى هذه القوانين ، وما من نظرية جاءت بها إلا وقد سبق إليها الفقهاء المسلمون قبل عصرنا بعديد من القرون .

وفى هذا المسلك من الخطورة مالا يجوز معه اللجوء إليه ، فهو ييسر على الداعين إلى التخلص من أحكام الإسلام جملة بأن يقولوا : وماذا تنقمون منا . . أمسألة أو بضع مسائل ؟ أولا يكفى أن يكون جلّ نظامنا موافقاً لشريعة الإسلام وفقهه ؟ وليس ذلك بصحيح . فإن القوانين والنظم القائمة فى معظم البلاد الإسلامية لا تستمد شرعيتها من موافقتها للإسلام ، ولم يدر بخلد واضعيها شيء من ذلك قطّ . وإنما ترى مبرر وجودها فى ملاءمتها لواقع الناس وتحقيقها لمصالحهم . ويزعم المدافعون عنها والمتعصبون لها أنه لا يصلح الناس إلا إياها . ومن ثم فلا مجال لتخريج أحكام هذه القوانين على أقوال الفقهاء المسلمين ، وتلمس مواطن الموافقة بينها لنعلن أنها من الإسلام أخذت ، ولذلك صلحت فى التطبيق .

ومن جهة ثانية فإن هذه القوانين لم تصدر لتحقق التصور الإسلامى للحياة الاجتماعية ولا هى – بطبيعة الحال – مرتبطة به . فلماذا نربط تصورنا بها ، ونقف موقف الدفاع عن الإسلام بالبحث عن مدى موافقته لها ، إن هذا الموقف قد يكون أخطر على الدعوة إلى تطبيق أحكام شريعة الإسلام من تطبيق القوانين المخالفة لها . ذلك أنه من المعلوم للكافة أن هذه القوانين مأخوذة من مصادر أخرى غير المصادر الإسلامية ، ولذلك ترى الناس أسرع استجابة للدعوة إلى تغييرها منهم إلى الدعوة إلى أى شيء آخر . فإن نحن لبّسنا على الناس فكرهم ، وأوهمنا أنه لا فارق فى حقيقة الأمر بين الشرعين أو النظامين إلا فى مسائل محدودة ، فلم نطالب بالتغيير إذن ، وما هو السبب الذى نقدم به هذه المطالبة للناس[٨٤] .

إن المقتنعين بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ينطلقون من أساسيات كثيرة ، ليس أقلها أهمية صلاح هذه الأحكام – أكثر من سواها – وملاءمتها دون غيرها لتحقيق مصالح الناس فى مجتمعاتنا الإسلامية . وهم مع ذلك يقدمون دعوتهم فى إطار تصور شامل للإسلام عقيدة وشريعة ، أى لأحكامه الدينية والاجتماعية بضروبها المختلفة . وليس هناك موافقة فى الأصول الفكرية بينهم وبين دعاة بقاء الأوضاع الحالية – فى مجال التشريع والتنظيم – على ما هى عليه . وكل توافق – ولدته المصادفة أو النقل – بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام هذه القوانين يجب أن يعتبر ويفهم على أنه

---

(٨٤) راجع فى ذلك وفى منهج تطبيق الشريعة الإسلامية فى المجتمعات الإسلامية المعاصرة كتاب الأستاذ عبد الحليم الجندى الرئيس الأسبق لإدارة قضايا الحكومة « نحو تقنين جديد للمعاملات والعقوبات من الفقه الإسلامى » القاهرة ، ١٩٧٣ ، وانظر على الأخص ص ٦٣ – ٦٤ .

نقطة قوة تضاف إلى دعوتهم ، لا نقطة ضعف تحد من أثرها ومجالها بحصره فى عدد قليل من المواضع والموضوعات .

وعلى أساس من هذا الفهم ، يجب أن يقوم المقتنعون بتطبيق أحكام الشريعة والفقه الإسلامى بالدعوة إليها والتمكين لها .

الباب الخامس

نظام الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى

١٢٧ – تمهيد :

إن العلاقة بين توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة ، وبين أدلة الإثبات التى يتطلب نظام قانونى ما توافرها لإثبات نسبة ارتكاب الجريمة إلى الجانى ، علاقة لا يحتاج وضوحها إلى كثير بيان . فحيث لم تقتنع المحكمة اقتناعاً تامًّا ، لا تشوبه أدنى شائبة من شك ، بارتكاب المتهم للجريمة التى يحاكم من أجلها ، فإنها لا يمكنها الحكم عليه بالعقوبة المقررة لها .

وتبين دراسة قواعد الإثبات – فى أى نظام قانونى – مدى رغبة المشرع فى تضييق أو توسيع نطاق الحالات التى يمكن أو يجب أن توقع فيها عقوبة معينة لارتكاب سلوك إجرامى ما . ولذلك فإن دراسة النظام الجنائى الإسلامى لا تكتمل إلا بدراسة القواعد المقررة للإثبات الجنائى فى هذا النظام ، والتى على أساسها يصح إسناد الفعل الإجرامى إلى شخص ما ، أو تبرأ ساحته من الإتهام بارتكابه .

وقواعد الإثبات الجنائى لا ترمى فقط إلى إثبات إدانة الجانى ، وإنما تهدف أيضاً – وبنفس القدر – إلى إثبات براءة البرىء[١] . وقد وُصفت قواعد الإثبات فى النظام القانونى الإسلامى بوجه عام – بحق – بأنها تهدف إلى «إثبات صحة الإدعاءات فى صورها المختلفة بدرجة كبيرة من اليقين»[٢] .

والطرق الرئيسية للإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى هى الشهادة . وهى – بحسب الأصل – شهادة مسلمين عدلين ، يعرفان الوقائع التى يشهدان عليها معرفة مباشرة[٣] . والأصل أن تتم الشهادة – أى إدلاء الشهود بالمعلومات التى لديهم – أمام القاضى فى مجلس القضاء ، سواء فى ذلك أكان موضوع الدعوى التى يشهدون فيها جنائيًّا أو مدنيًّا .

وليست الشهادة على أهميتها هى الطريق الوحيد المقررة للإثبات فى النظام الجنائى الإسلامى ، فهناك إقرار الجانى – أو اعترافه – بارتكاب الجريمة المنسوبة إليه ، والقرائن المستفادة من الواقع أو من ظروف الدعوى . ويجعل بعض الفقهاء علم القاضى وسيلة من وسائل الإثبات فى المواد الجنائية أيضاً .

---

(١) انظر رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ص ٥ – ٦ . وفى القانون الإنجليزى انظر :
Harris, Criminal Law, Ch, 47 (Evidence) 22nd Ed., 1973, P. 591.

(٢) N.J. Coulson, A History of Islamic Law, 1971, P. 126

(٣) المغنى ، جـ ٩ ص ١٥٨

وعلى ذلك فإننا نناقش فى هذا الباب الشهادة والإقرار والقرائن وعلم القاضى كوسائل للإثبات الجنائى فى الفقه الإسلامى . ولما كانت الشهادة فى جريمة الزنى منفردة بحكم خاص من حيث عدد الشهود فإننا نفرد لها فقرة خاصة ، ونبين فى أثناء بحثنا مدى التزام القاضى بوسائل الإثبات المحددة ، وخاصة شهادة الشهود ، أو بعبارة أخرى مدى حريته فى تقدير الدليل المستمد من الشهادة ، وفى استمداد دليل الإدانة أو البراءة من القرائن عند توافر نصاب الشهادة أو عند عدم توافره .

١٢٨ – الشهادة والعدالة :

الوسيلة المقررة لإثبات معظم الجرائم فى الفقه الجنائى الإسلامى هى شهادة شاهدين عدلين . وفى جرائم الحدود تطبق هذه القاعدة فى إثبات جرائم القذف والحرابة والسرقة ، ويشترط ثبوت جرائم التعزير الخطيرة بشهادة رجلين كذلك . وبشهادة رجلين عدلين يثبت حق القصاص فى النفس (جريمة القتل) وفيما دون النفس (جريمة الجرح أو الضرب)[٤] .

وينفرد مذهب الإمام مالك ، ويتابعه بعض فقهاء الحنابلة ، بالتفرقة بين القصاص فى النفس ، أى إثبات جريمة القتل ، والقصاص فيما دون النفس ، أى إثبات جرائم الاعتداء على الأشخاص (دون القتل) . فعندهم أن القصاص فى النفس يشترط لثبوته شهادة شاهدين ، على حين أن القصاص فيما دون النفس يكتفى لإثباته بشهادة شاهد واحد ويمين المجنى عليه ، أو بشهادة رجل وامرأتين[٥] .

وقد اهتم الفقهاء فى شأن الشهادة بالبحث فى شروطها ونصابها وتحملها وأدائها ، ومتى تقبل ، ومتى ترد . على أن أهم البحوث المتعلقة بالشهادة –فى نظرنا– هو بحث اشتراط العدالة فى الشهود . إذ لا يقبل فى النظام القضائى الإسلامى إلا شهادة «العدل» . وترد شهادة من لم يثبت له هذا الوصف ، أو من ثبت له خلافه .

والأصل فى اشتراط العدالة فى الشهود هو قول الله تعالى : (وأشهدوا ذوى عدل منكم) الطلاق – ٢ . وقوله عز وجل : «يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية إثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم . . .» المائدة – ١٠٦ .

ويعتبر المسلم عدلاً – عند الأحناف والمالكية والشافعية – إذا عرف عنه إتيان المأمورات واجتناب

---

(٤) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، جـ١ ص ٢١٢ – ٢١٣ .

(٥) المرجع السابق ، ص ٢١٥ ، وأبو الوليد الباجى ، المنتقى شرح الموطأ ، جـ ٥ ص ٢١٥ ، وللحنابلة انظر : معجم الفقه الحنبلى ، مستخرج من كتاب المغنى لابن قدامة جـ١ ص ٥٠٥ ، الكويت ١٩٧٣ (وزارة الأوقاف إدارة الموسوعة الفقهية) . وقد دافع عن مذهب مالك فى هذا الخصوص شيخ الإسلام ابن تيمية فى الفتاوى جـ ٢٠ ، ص ٣٨٨ – ٣٨٩ .

المنهيات(٦) . ويضيف الحنابلة – وبعض الشافعية – إلى ذلك ما يسمونه « استعمال المروءة » وهو تجنب كل سلوك يخل باحترام الإنسان ووقاره ، وتقدير الناس له(٧) . وقد قيل فى بيان هذا الشرط « المروءة هى الإنسانية ، وهى مشتقة من المرء ، ومن ترك الإنسانية لم يؤمن أن يشهد بالزور لأن من لا يستحى من الناس فى ترك المروءة لم يبال بما يصنع . والدليل عليه ما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه عن رسول ﷺ قال : إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى : «إذا لم تستح فاصنع ما شئت »(٨) .

وقد نقل ابن حزم الظاهرى إشتراط المروءة عن الإمام الشافعى ، ثم رده بقوله : «كان يجب أن يكتفى بذكر الطاعة والمعصية . وأما ذكر المروءة ههنا ففضول من القول . وفساد فى القضية . لأنها إن كانت من الطاعة فالطاعة تغنى عنها . وإن كانت ليست من الطاعة فلا يجوز اشتراطها فى أمور الديانة ، إذ لم يأت بذلك نص قرآن ولا سنة »(٩) .

ويرى ابن حزم – وفقهاء أهل الظاهر – أن المسلم العدل هو من لم يعرف عنه ارتكاب كبيرة ، ولا مجاهرة بصغيرة . والكبيرة عندهم هى ما سماه رسول الله ﷺ كبيرة ، أو جاء فيه الوعيد . والصغيرة هى ما لم يأت فيه وعيد(١٠) ، والوعيد هو التهديد بعذاب أو عقاب أخروى .

ويؤيد الإمام ابن حزم مذهب أهل الظاهر فى ذلك بالاستناد إلى قوله تعالى : «إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكّفر عنكم سيئاتكم وندخلكم مدخلاً كريماً » النساء– ٣١ . فيقول : «فصحَّ أن ما دون الكبائر مكفرة باجتناب الكبائر ، وماكفره الله تعالى وأسقطه فلا يحل لأحد أن يذم صاحبه ولا أن يصفه به . وكذلك من تاب من الكفر فما دونه إذا سقط عنه بالتوبة ما تاب عنه لم يجز لأحد أن يذمه بما سقط عنه ، ولا أن يصفه به »(١١) .

ومما يجدر التنبه إليه هنا أن الله سبحانه وتعالى كما ذكر فى القرآن الكريم اشتراط العدالة فى الشهود ، وصف الشهود فى آية أخرى بأنهم المرضيون لدى المؤمنين دون أن يشترط فيهم العدالة . والجمع بين الآيات يقتضى أن نقول : إن العدل هو من ارتضيت شهادته وفق العادات والأعراف

(٦) السرخسى ، المبسوط ، جـ١٦ ص ١٢١ ، الباجى ، المنتقى ، جـ ٥ ص ١٩٥ ، والباجرمى ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، جـ ٤ ص ٣٣٩ .

(٧) الحجوى ، متن الإقناع ، على هامش كشاف القناع للبهوتى ، جـ٦ ص ٤٢٢ ، ومعجم الفقه الحنبلى ، جـ ١ ص ١٠٥ ، والمهذب لأبى إسحق الشيرازى ، جـ ٢ ص ٣٢٥ .

(٨) المهذب ، الموضع السابق .

(٩) المحلى ، جـ ٩ ص ٣٩٥ .

(١٠) المحلى ، جـ ٩ ص ٣٩٣ . وقارن القرافى ، الفروق جـ ٤ ص ٦٦ – ٧٠ . ونلاحظ أن الحنابلة يعرفون الكبيرة بمثل تعريف الظاهرية ، انظر المطلع على أبواب المقنع للبعلى ، ص ٤٠٨ .

(١١) المحلى ، الموضع السابق .

السائدة فى المكان والزمان الذى تتم فيه الشهادة . ولا شك أن هناك أموراً أساسية لا يقبلها المجتمع المسلم ، ولا يرتضى شهادة من يفعلها أيًّا ما كانت ظروف الواقع والزمان والمكان . وهناك من الشروط التى اشترطها الفقهاء لثبوت عدالة الشاهد ما قد يختلف النظر إليه باختلاف الزمان والمكان أو العرف السائد فيهما ولعل قول الله تعالى : «ممن ترضون من الشهداء» يشير إلى هذه المعانى . فالفقهاء – فى بعض المذاهب – مثلاً يشترطون لقبول الشهادة ألا يكون الشاهد ممن يأكل فى الطريق العام ، ولا ممن يسير عارى الرأس(١٢) ومثل ذلك مما تختلف فيه عادات الناس وأعرافهم ، ولذلك تحكم فيه قاعدة «الرضا بالشهادة» . ويمكننا لذلك أن نقول : إنه فيما عدا ما ورد فيه نص خاص بردّ الشهادة فإن العدل من المسلمين هو من قبل جمهور المسلمين فى مجتمعه شهادته(١٣) .

وقد اختلف الفقهاء حول ما إذا كان المسلم يعتبر عدلاً ما لم يثبت عدم عدالته أم أن العدالة أمر يجب إثباته وإقامة الدليل عليه ؟

وفى المذاهب الإسلامية رأيان فى هذا الخصوص . فالأحناف والظاهرية يرون المسلم عدلاً بحسب الأصل . فكل مسلم عندهم عدل إلى أن يثبت انتفاء العدالة عنه . وبالتالى فالأصل قبول شهادة المسلم دون بحث أو تحر عن عدالته ، فإذا ثبت أنه لم يستكمل شروط العدالة ردت شهادته . وفقهاء المذاهب الأخرى يرون أن القاضى عليه – قبل أن يحكم بشهادة الشهود – التحرى عن عدالتهم – ما لم يعرف هو أنهم عدول – فمتى ثبتت لديه عدالة الشهود حكم بموجب شهادتهم ، وإلا طلب من المدعى شهوداً غيرهم ، أو دليلاً سوى الشهادة(١٤) .

ونستطيع بناء على ذلك أن نقول : إنه إذا شهد لدى القاضى بإثبات شىء أو نفيه شاهدان عدلان كان على القاضى – بحسب الأصل – أن يحكم بما شهدا به . وسواء فى ذلك أن يكون المشهود عليه عقوبة وجبت لارتكاب جريمة من جرائم الحدود أو التعزير أو القصاص ، أو كان حقًّا ثبت لشخص من الأشخاص . اللّهم إلا أن يكون المشهود عليه هو جريمة الزنى ، فعندئذ لا يثبت الفعل المجرّم – وفق الرأى السائد – إلا بشهادة أربعة شهود عدول . وذلك ما نفرد له الفقرة التالية .

---

(١٢) المهذب ، المرجع السابق .

(١٣) نبهنى إلى هذا المعنى الأخ الدكتور محمد مصطفى الأعظمى ، أستاذ الحديث النبوى فى جامعة الرياض ، وقد أخبرنى أنه مما بحث فيه بعض طلابه فى قسم الدراسات العليا بجامعة الملك عبد العزيز فى مكة المكرمة .

(١٤) انظر فى ذلك : المحلى ، جـ ٩ ص ٣٩٢ – ٣٩٥ . والمنتقى شرح الموطأ ، جـ ٥ ص ١٩٥ وما بعدها ، والتشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، جـ ٢ ص ٤٠٤ – ٤٠٥ .

١٢٩ – الشهادة فى جريمة الزنى :

بيّن القرآن الكريم نصاب الشهادة فى جريمة الزنى ، وجعله مقصوراً على أربعة شهود مسلمين ، وذلك فى قوله تعالى : «واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» النساء – ١٥ . وفى قوله تعالى : «لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذْ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون» النور – ١٣ .

واشتراط أربعة شهود ذكور مسلمين لإثبات جريمة الزنى الموجبة لعقوبة الحد محل اتفاق عامة فقهاء المذاهب الإسلامية . غير أن الظاهرية يذهبون إلى قبول شهادة النساء فى الحدود ، وإلى أن شهادة امرأتين تقوم مقام شهادة كل رجل من الرجال الأربعة : «فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين . أو رجلين وأربع نسوة . أو رجلاً واحداً وست نسوة . أو ثمانى نسوة فقط . ولا يقبل فى سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء وما فيه القصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال إلا رجلان مسلمان عدلان أو رجل وامرأتان كذلك أو أربع نسوة كذلك» . ويحتج ابن حزم لمذهبه فى قبول شهادة النساء فى الحدود – بما فى ذلك حد الزنى – بعموم قوله تعالى : «واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان» .

ولم يقل أحد سوى الظاهرية بقبول شهادة النساء فى الحدود والقصاص ، بل الجمهور على أن شهادتهن لا تقبل فى الحدود والقصاص ، وأن شهادة الرجال وحدهم هى التى تصلح دليلاً للإثبات فيها[١٦] .

ولكى يثبت الزنى لدى القاضى ، فإن الشهود يجب أن يحددوا فى شهادتهم زمان ارتكاب الجريمة ، ومكانها ، وشخص مرتكبها . ويجب أن يشهدوا لدى القاضى فى مجلس واحد[١٧] ويجب أن يشهدوا بأنهم رأوا الفعل المجرَّم بوضعه الدقيق الموجب للحد . فلا يكفى أن يشهدوا بخلوة الرجل مع المرأة ، ولا بوجودهما فى فراش معاً متجردين . . . وإنما يجب أن تنصب شهادتهم على فعل الوطء المحرم[١٨] .

وإذا نقص عدد الشهود عن أربعة فإن على القاضى أن يقضى عليهم بعقوبة القذف – ولو كانوا ثلاثة شهود – فيجلد كل واحد منهم ثمانين جلدة . ولا ينظر فى هذا الخصوص إلى مدى صدق

(١٥) المحلى ، جـ ٩ ص ٣٩٥ – ٤٠٥ .
(١٦) المغنى ، جـ ٩ ص ٦٩ – ٧٠ . والمراجع الأخرى المشار إليها فى هذا البحث .
(١٧) بعض فقهاء الشافعية لا يشترط اتحاد مجلس الشهادة .
(١٨) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٤٨ ، وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، جـ ٢ ص ٢١٢ .

الشهود أو كذبهم ، وإنما يفترض فيهم الكذب لمجرد أن عددهم لم يصل إلى العدد المطلوب شرعاً لإثبات إرتكاب الجريمة ، وهو العدد الذى حددته نصوص القرآن الكريم بأربعة شهداء . فلو كان الذين رأوا فعل الزنى أربعة ثم نكل أحدهم فى مجلس القضاء بعد أن شهد الثلاثة الآخرون ، حد الشهود الثلاثة حد القذف ، بغض النظر عن الأسباب التى دعت الشاهد الرابع إلى النكول عن أداء الشهادة .

وتبيّن هذه الشروط – وغيرها مما أورده الفقهاء – وهى عسيرة التحقق : فثمة عدد معين للشهود ، وأوصاف لا تقبل بدونها الشهادة ، ويجب أن يتقدم الشهود جميعاً فى مجلس واحد لأداء شهادتهم ، ولابد من تحديد شخص الجانى ووصف حقيقة الفعل المكون للجريمة – يبين كل ذلك صعوبة إثبات جريمة الزنى بشهادة الشهود ، ولاشك أن فى ارتكاب الجريمة بصورة يمكن معها توافر هذا العدد من الشهود ، وتحقق شروط الشهادة المتطلبة للإثبات ، استهانة بالقيم الأخلاقية والاجتماعية ، المقررة لا فى الشريعة الإسلامية فحسب ، بل فى غيرها من النظم القانونية كذلك . حتى لقد وصف مثل هذا الفعل الذى يتوافر للشهادة عليه هذا العدد بأنه جريمة حتى فى ظل القانون الإنجليزى الذى يبيح العلاقة الجنسية خارج نطاق الزواج الصحيح[٢٠] .

ولعله لذلك لم يعرف التاريخ الإسلامى كله حالة واحدة ثبت فيها إرتكاب جريمة الزنى بشهادة الشهود . وإنما ثبتت هذه الجريمة دائماً بالإقرار الذى يريد به الجانى تطهير نفسه من الزنى – أو من إثمه – ليلقى ربه غير مثقل بأعباء معصيته . وهو إقرار مع ذلك مقصور أثره على المقر ، فلا يتعداه إلى أحد سواه حتى ولو كان شريكه فى ارتكاب الجريمة . وأفضل منه – فى نظرة الإسلام – الاستتار بستر الله ، بل إنه إذا جاء القاضى شخص يريد الاعتراف كان من الأفضل للقاضى أن يصرفه عن ذلك كما فعل رسول الله ﷺ بماعز حين ردَّدَه أربع مرات يقول له لعلك قبّلت . . لعلك غمزت . وكما فعل بالغامدية حين قال لها «ويحك استغفرى الله وتوبى إليه» . وقد قال رسول الله ﷺ لمن أشار على ماعز بأن يعترف لديه بفعلته «لو سترته بثوبك لكان خيراً لك» .

فليس الهدف من العقوبة المقررة للزنى – أو لغيره من الحدود – ملاحقة كل من غلبته نفسه فعصى مرة ، بتوقيع العقاب عليه . وإنما الهدف من هذه العقوبات هو تهديد أولئك الذين لا يصلح فى علاجهم من أدواء نفوسهم إلا العقاب[٢١] .

---

(١٩) المغنى ، المرجع السابق ، ص ٧٢ ، والمدونة ، جـ ٤ ص ٣٩٩ ، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى ، جـ ٩ ص ١١٥ .

(٢٠) N.J. Coulson, conflicts & Tensions in Islamic Jurisprudence. Chicago, 1969, P. 78.

(٢١) أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية ، ص ٢٠٧ .

١٣٠ - الإقرار بالجريمة :

كما يثبت ارتكاب شخص ما لجريمة معينة بشهادة الشهود ، فإنه يثبت بإقرار الشخص نفسه بارتكابه للجريمة ، سواء أسبق الإقرار توجيه اتهام قُدِّم الشخص بسببه إلى المحكمة لتقضى فى مدى ثبوت التهمة أو براءته منها ، أم لم يسبق الإقرار اتهام ، وتقدم الشخص من تلقاء نفسه إلى القاضى مقرًّا عنده بارتكابه جريمة ما .

ومن المتفق عليه أن الإقرار وحده دليل كاف لإثبات نسبة الفعل المجرّم إلى المتهم ، أو إلى المقرّ فى غير اتهام . ويقضى بناء على ذلك بالعقوبة على المقرّ بارتكاب جريمة .

والإقرار حجة مقصورة على المقر لا تتعداه إلى غيره ، فإذا أقر الشخص أنه ارتكب جريمة الزنى أو السرقة أخذ بإقراره ، فإذا تضمن الإقرار أن له شريكاً سمَّاهُ لم يكن الإقرار حجة على الشريك . ولا يعاقب الشريك إلا بإقرار منفرد يصدر عنه ، أو بثبوت الجريمة عليه بطريق آخر من طرق الإثبات (٢٢) .

والإقرار يكفى لإثبات الجريمة ولو لم يتكرر . فالإقرار مرة واحدة حجة ، وذلك فى جرائم القصاص والتعزير والحدود عدا جريمة الزنى ، إذ يثور خلاف بين المذاهب الفقهية فى مدى كفاية الإقرار المنفرد لإثباتها . وسبب هذا الخلاف هو التشدد الظاهر من الشارع فى نصاب الشهادة وشروطها فى هذه الجريمة على وجه الخصوص .

وقد ذهب الأحناف والحنابلة والزيدية إلى وجوب تكرار الإقرار بالزنى أربع مرات حتى تثبت به الجريمة . ويؤسسون ذلك على قياس الإقرار على الشهادة من جهة ، وعلى فعل الرسول ﷺ مع ماعز من جهة أخرى ، فقد ردَّدَه أربع مرات وهو يقرّ فى كل مرة بارتكاب الجريمة (٢٣) . ويضيف الزيدية إلى ذلك حجة أخرى مؤداها أن فى طلب تكرار الإقرار إتاحة الفرصة للمقر كى يعدل عن إقراره ومن ثم فلا توقع عليه عقوبة الحد . وفى ذلك فتح لباب التوبة المطلوبة شرعاً ، وهو أفضل من توقيع العقوبة (٢٤) .

---

(٢٢) انظر فيما تقدم : الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٥٠ ، المغنى ، جـ٩ ص ٦٤ ، الروض النضير ، جـ ٤ ض ٤٧٠ ، والأشباه والنضائر للسيوطى ، ص ٤٩٤ .

وهذه الأحكام تكاد أن تكون متفقة تماماً مع أحكام الإقرار كدليل للإثبات فى القانون الجنائى الإنجليزى . انظر .
Harris, Criminal Law, Op. Cit., p. 610-614.

(٢٣) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، والمغنى لابن قدامة ، فى الموضعين السابقين .

(٢٤) الروض النضير ، جـ ٤ ص ٤٧٣ .

ويرى المالكية والشافعية والظاهرية أن الإقرار مرة واحدة يكفى لإثبات جريمة الزنى . ويبنون رأيهم على الفارق الظاهر بين الشهادة والإقرار . فإثبات الجريمة وإسنادها إلى شخص معين ، متهم بارتكابها ، فى حالة الشهادة يعتمد على محض افتراض صدق الشهود ، ولذلك تشدد الشارع فى عددهم . وأما فى حالة الإقرار فالمقر لا يتهم فيما ينسبه إلى نفسه ، ومن ثم فلا محل للتشدد بطلب تكرار الإقرار . ويرد أصحاب هذا الرأى الاستناد إلى حديث ماعز بالاستناد إلى أحاديث أخرى ، من بينها حديث العسيف ، حيث لم يثبت فيها طلب رسول الله ﷺ تكرار الإقرار(٢٥) .

وفى مذهب الأحناف رأيان بالنسبة لتكرار الإقرار فى غير جريمة الزنى ، فبينما يذهب أبو يوسف ، صاحب الإمام أبى حنيفة إلى وجوب تكرار الإقرار مرتين فى الاعتراف بالسرقة وشرب الخمر والقذف ، يذهب أبو حنيفة إلى أن الإقرار المنفرد يكفى لإثبات ارتكاب أى من هذه الجرائم . ويبنى أبو يوسف رأيه على الإستحسان الذى يقتضى الاحتياط فى توقيع العقوبات المقررة لجرائم الحدود . ويرى أبو حنيفة أنه ليس فى تكرار الإقرار ما يزيد جانب ثبوت الجريمة قوة عما يورثه الإقرار الأول أو الواحد . لأن الإقرار – عنده – إخبار ، وهو لا يتأكد بتكرر الخبر(٢٦) . ويبدو أن رأى الإمام هو الراجح فى المذهب ، لا رأى أبى يوسف(٢٧) .

ويشترط فى الإقرار أن يكون مفصلاً بحيث يثبت لدى القاضى إلمام المقر بما يعترف بارتكابه ، إذ لو قبلنا مجرد الإقرار بارتكاب الجريمة دون اشتراط هذا التفصيل فربما عوقب من لا يستحق العقاب . فإذا أقر شخص بارتكابه جريمة السرقة أو القذف أو الزنى وجب على القاضى سؤاله عن تفاصيل ما فعل حتى لا يحكم عليه إلا بعد التيقن من مطابقة ما يقر به للأنموذج القانونى للفعل المجرّم . ومما يتعلق باشتراط التفصيل فى الإقرار وجوب كونه فى ألفاظ صريحة واضحة الدلالة على الجريمة التى يتضمن الاعتراف بها . فالإقرار بطريق التورية أو الكناية لا يقبل كوسيلة للإثبات الجنائى فى الفقه الإسلامى(٢٨) .

وتطبيقاً لهذه القاعدة رأى الأحناف وبعض الشافعية عدم جواز قبول إقرار الأخرس ولو كان إقراره بطريق الكتابة ، لأن كتابته وإشارته عندهم غير صريحتين فى بيان إرادته . ويذهب رأى

---

(٢٥) انظر المحلى ، جـ ١١ ص ١٧٦ – ١٨١ ، والزرقانى على مختصر خليل ، جـ ٨ ص ٩٩ – ١٠٠ وقد سبق تخريج الأحاديث المشار إليها عند بحث جريمة الزنى وعقوبتها فى الباب الثانى من هذه الدراسة .

(٢٦) الكاسانى ، المرجع السابق .

(٢٧) الجصاص ، أحكام القرآن ، جـ ٢ ص ٤٢٧ – ٤٢٩ .

(٢٨) الكاسانى ، الموضع السابق ، والمغنى جـ ٩ ص ٦٥ .

آخر ، فى المذاهب الأخرى ، إلى جواز قبول إقرار الأخرس إشارة أوكتابة ما دامت إشارته وكتابته تبيّن بلا لبس أو شك المراد منها(٢٩).

١٣١ - العدول عن الإقرار :

إذا كان الإقرار حجة فى إثبات الفعل المقر به وإسناده إلى المقر ، فإن المقر فى المسائل الجنائية - دون المدنية - يجوز له العدول عن إقراره . وجواز العدول عن الإقرار مقرر قبل الحكم بالعقوبة وبعده ، بل بعد البدء فى التنفيذ . ويختلف أثر العدول عن الإقرار فى المسائل الجنائية بحسب نوع الحق الذى ورد عليه الإقرار :

فإذا كان المقرّ به ارتكاب جريمة من جرائم الحدود فإن العدول عن الإقرار يمنع من صدور الحكم بالعقوبة . وإذا وقع العدول عن الإقرار بعد صدور الحكم امتنع تنفيذه . فإذا كان العدول بعد البدء فى التنفيذ ، وهذا متصور فى حالتى عقوبة الجلد وعقوبة الرجم ، يوقف تنفيذ الحكم فور العدول عن الإقرار وتنقضى الآثار المترتبة عليه(٣٠).

ويرى الفقهاء فى المذاهب الأربعة جواز المضى فى إجراءات المحاكمة وإصدار حكم الإدانة ، وجواز الاستمرار فى تنفيذ الحكم إذا تم العدول عن الإقرار بعد صدوره ، وذلك فى حالة الرجوع عن الإقرار فى جرائم التعزير.

وأساس التفرقة بين العدول فى جرائم الحدود ، والعدول فى جرائم التعزير هو ما قرره الفقهاء من وجوب درء الحدود بالشبهات ، ومن جواز إثبات التعزير مع وجود شبهة . فالعدول عن الإقرار يورث شبهة تحول دون التأكد من صدق الجانى فيما أقرّ به . ولا يجوز توقيع الحد مع وجود الشبهة . أما التعزير فهو جائز مع وجود الشبهة ، ولذلك لم يجعلوا للرجوع عن الإقرار فى جرائم التعزير ، الأثر الذى له فى جرائم الحدود(٣١).

وقد سبق أن إنتقدنا الرأى القائل بعدم إعمال قاعدة درء العقوبات بالشبهات فى جرائم التعزير . ومن ثم فإننا نرى - بناء على ما قدمناه من هذا الانتقاد - وجوب توحيد القاعدة الإجرائية التى تحكم

(٢٩) انظر : الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٢٥ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر جـ ٢ ص ١٦٤ ، المغنى ، جـ ٩ ص ٦٨ - ٦٩ ، الزرقانى على مختصر خليل ، جـ ٨ ص ١٠٠ ، المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٣٢٤ ، حيث حكى اختلاف الشافعية فى شهادة الأخرس ، وهو اختلاف يجرى أيضاً فى إقراره.

(٣٠) انظر المراجع السابقة الإشارة إليها . ويلاحظ أن البعض يرى عدم قبول العدول عن الإقرار إذا كانت الجريمة قد وقع الاعتداء فيها على حق شخصىّ لفرد من الأفراد ، انظر المهذب جـ ٢ ص ٣٤٥ . ويقول الشيرازى فى التعليق على هذا الرأى إن قبول الرجوع عن الإقرار هو الصحيح .

(٣١) انظر ماقدمناه فى الباب الأول من هذه الدراسة عند كلامنا عن قاعدة درء العقوبات بالشبهات .

العدول عن الإقرار فى النوعين من الجرائم . أى أنه كما يمتنع السير فى إجراءات المحاكمة أو تنفيذ الأحكام بسبب العدول عن الإقرار فى جرائم الحدود ، فإنه يجب أن يكون للعدول عن الإقرار الأثر ذاته فى جرائم التعزير .

ومما تقدم يتبين أن دور الإقرار فى الإثبات الجنائى دور محدود ، إذا قيس بدوره فى الإثبات المدنى . فالشارع فى الإثبات المدنى يغلّب جانب عدم الإضرار بالأفراد ، ويراعى أن لا يمكّنَ أَحدٌ من الاعتداء على حق أحد ، والناس يتحرجون – عادة – من أكل أموال الآخرين بالباطل ، فيقرون بما عليهم من حقوق .

أما فى المسائل الجنائية فإن جواز العدول الاختيارى عن الإقرار فى أى مرحلة تكون عليها الدعوى ، ولو بعد صدور حكم نهائى فيها أو بدء تنفيذ هذا الحكم ، كل ذلك يجعل للإقرار قيمة محدودة فى الإثبات فى المسائل الجنائية . وإذا نظرنا – من ناحية أخرى – إلى شدة العقوبات المقررة لجرائم الحدود فإننا نرى أنه من الصعب أن يقدم الجانى على الإقرار بارتكاب هذه الجرائم وتعريض نفسه بذلك لتوقيع العقاب عليه ، خاصة وقد قررت مبادئ الإسلام أن التوبة والستر طمعاً فى مغفرة الله سبحانه وتعالى أولى من المجاهرة بالذنب اعترافاً به ، وطلباً للتطهر من المعصية بالعقاب .

١٣٢ – بطلان إقرار المكره :

إن الإقرار الذى يترتب عليه إسناد الفعل إلى المقر ، وتوقيع العقاب عليه هو الإقرار الصادر عن إرادة حرة ، مختارة ، صاحبها غير مكره على الإقرار . والإقرار الصادر عن إكراه لا يترتب عليه أى أثر بالنسبة إلى المقر . وهذا القدر متفق عليه فى الفقه الإسلامى ، وإن اختلفت المذاهب الإسلامية فى شروط الإكراه الذى يبطل الإقرار .

فيرى الحنابلة أن الإقرار الصادر عن إكراه يبطل بثلاثة شروط : –

١ – أن يكون الإكراه صادراً من شخص قادر على المُكْرَه بسلطان أو تغلب .

٢ – أن يغلب على ظن الواقع عليه الإكراه نزول الوعيد به إن لم يستجب لما يطلب منه .

٣ – أن يكون الأمر المهدَّدُ به ضارًّا كالقتل والضرب الشديد والحبس والقيد الطويلين(٣٢) .

ويفرق الأحناف كذلك بين الضرب الشديد والخفيف والحبس الطويل المدة وقصيرها . وينتقد ابن حزم الظاهرى هذه التفرقة فيسوى بين الحبس طال أم قصر فى اعتباره إكراهاً يبطل معه الإقرار وبين الضرب الشديد والخفيف ، فيرتب عليهما ذات الأثر وهو بطلان الإقرار الصادر عن المكره

(٣٢) المغنى ، جـ ٨ ص ٦١ ، ومعجم الفقه الحنبلى ، جـ ١ ص ٨٨ – ٨٩ .

(بفتح الراء)[٣٣].

فإذا رفع إلى القاضى شخص يقر على نفسه بإرتكاب جريمة ما ، فإن من واجب القاضى التأكد من إختيار المقر ، وأنه لم يكره على الإقرار . فإذا ثبت لديه أو غلب على ظنه وقوع الإكراه كان واجباً عليه أن يهدر الإقرار ولا يرتب عليه حكمه . وكما يأثم المُكرِهُ لحمله شخصاً على الإقرار بما لم يفعل ، يأثم القاضى الذى يحكم بموجب الإقرار دون تثبت من اختيار صاحبه عند إقراره .

١٣٣ – علم القاضى كوسيلة للإثبات فى المواد الجنائية :

ينفرد مذهب الظاهرية باعتبار علم القاضى وسيلة للإثبات فى المواد الجنائية فعندهم أنه يجب على القاضى أن يقضى بعلمه فى جميع المسائل التى تعرض عليه ، سواء أكانت مدنية أم جنائية . وفى ذلك يقول ابن حزم : «وفرضٌ على الحاكم أن يحكم بعلمه فى الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود ، سواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته . وأقوى ما حكم بعلمه ، لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة»[٣٤] .

والأصل الذى يبنى عليه ابن حزم مذهبه فى ذلك هو ربط القضاء بالأمر القرآنى (كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله) وبالواجب المقرر فى القرآن والسنة من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . فكل ما علمه القاضى من الحق وجب عليه القضاء به ، وإلا كان مضيّعاً للقسط لا قوّاماً به ، ومقرًّا للمنكر لا ناهياً عنه[٣٥] .

ومنع فقهاء المذاهب الأخرى القاضى من القضاء بعلمه فى المسائل الجنائية – وإن أجازه بعضهم فى التعزير وحقوق العباد المالية – مستندين إلى أن القاضى لا يصح أن يقضى بين الناس إلا بما ثبت لديه من البينات التى تقدم فى الدعوى المعروضة عليه . ولا يجوز للقاضى أن يضيف شهادة نفسه إلى شهادة غيره ليتم نصاب الشهادة ، إذ أنه فى هذه الحالة يكون قاضياً وشاهداً فى آن واحد وهو لا يجوز[٣٦] .

وقد أجاب المخالفون لمذهب الظاهرية عن استدلالهم بقول الله تعالى : (كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله) بأن القاضى معذور إذا لم يحكم بعلمه ، إذ لا يجوز له الحكم للمظلوم بحقه إلا بحجة . وقد قال رسول الله ﷺ : «إنكم تختصمون إلىّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من صاحبه

(٣٣) المحلى ، جـ ٨ ص ٣٣٦ .
(٣٤) المحلى ، جـ ٨ ص ٣٣٦ .
(٣٥) المحلى ، جـ ٩ ص ٤٢٩ .
(٣٦) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٧ ص ٥٢ .

فأحسب أنه صادق فأقضى له» : . . . الحديث . أما الاحتجاج بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فأجيب عنه بأن القاضى مأمور بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر بحيث لا تتطرق إليه تهمة فى تغييره . أما ما يتهم إذا فعله فلا يجوز له فعله بحال[٣٧] . وفى تأكيد مذهب المانعين من قضاء الحاكم أو القاضى بعلمه يقول ابن قيم الجوزية : «وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه ، لوجب منع قضاة الزمان من ذلك . وهذا لو قيل فى شريح وكعب بن سوار والحسن البصرى ، كان فيه ما فيه . . . . ولقد كان سيد الحكام صلوات الله وسلامه عليه يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم ويتحقق ذلك ، ولا يحكم فيهم بعلمه ، مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة ، لئلاً يقول الناس إنّ محمداً يقتل أصحابه . ومن تدبر الشريعة وما اشتملت عليه من المصالح وسد الذرائع تبين له الصواب فى هذه المسألة»[٣٨] .

ومن ذلك يتبّين أن علم القاضى لا يجوز أن يعتبر وحده دليلاً كافياً للحكم بثبوت ارتكاب الجريمة ونسبتها إلى مرتكبها ، وأنه لابد لمثل هذا الحكم من أن يكون مبنيًّا على وسيلة من وسائل الإثبات المقررة لذلك فى الفقة الإسلامى .

ولعله لا يبعد من يقول إن مذهب الظاهرية يخالف – فى هذه المسألة – نص القرآن الكريم ، فى حالة واحدة على الأقل ، فحيث جعل القرآن شرط إثبات الزنى شهادة أربعة رجال مسلمين أجاز الظاهرية أن يكون شاهد واحد كافياً إذا تصادف أن كان هذا الشاهد هو القاضى ، وسواء علم بالزنى وهو يشغل منصب القضاء أو قبل أن يشغله . وكذلك فإن الحكم على الناس بلا بينة تقبلها نصوص الشرع وقواعده يعد من المنكر الذى يجب منعه . ولو لم يكن فى مذهب الظاهرية من عيب إلا فتحه الطريق أمام تحكم القضاة ، وأهوائهم ، وأمام الطعن فى عدالة القضاء وسوء الظن بالقضاة ، لكان هذان الأمران كافيين لرده وعدم قبوله .

١٣٤ – القرائن ودورها فى الإثبات الجنائى :

سبق أن قلنا إن الأصل فى الإثبات الجنائى أن يكون بشهادة الشهود . وعرضنا خلاف الفقهاء فى شهادة النساء مع الرجال ، وقلنا إن الرأى السائد فى الفقه الجنائى الإسلامى يذهب إلى أن الحدود والقصاص لا تجوز فيها شهادة النساء .

وقد قلنا فى موضع سابق إن اشتراط شروط خاصة فى الشهادة على جرائم القصاص والحدود

(٣٧) ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، ص ٢٣٠ (ط القاهرة ١٩٦١) .

(٣٨) المصدر السابق ، ص ٢٣١ – ٢٣٢ (بتصرف واختصار) .

وطرق معينة للإثبات – بصفة عامة – هو «قيد مقرر لمصلحة المتهم ، وموجه أساساً إلى القاضى ، بحيث لا يجوز له أن يقبل فى الإثبات ما هو أدنى فى الدلالة على ثبوت نسبة الجريمة إلى المتهم من هذه الطرق . وإنه يجب على القاضى أن لا يقضى بالإدانة إلا وقد ثبت لديه يقيناً ارتكاب المتهم للجريمة»(٣٩) .

والسؤال الذى نحاول الإجابة عليه هنا هو : هل حصرت الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى ، طرق الإثبات فى الشهادة والإقرار على النحو الذى يبدو لأول وهلة للناظر فى كتب الفقه ؟ أو أن الإثبات بغير ذلك من الطرق ، وخاصة بقرائن الأحوال أو القرائن الواقعية ، مباح فى المسائل الجنائية ؟

لقد تصدى للإجابة على هذا السؤال الإمام ابن قيم الجوزية فى كتابه «الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية» فقال : «والحاكم (أى القاضى) إذا لم يكن فقيه النفس فى الأمارات ، ودلائل الحال ، ومعرفة شواهده ، وفى القرائن الحالية والمقالية ، كفقهه فى جزئيات وكليات الأحكام : أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها ، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله»(٤٠) .

ويستدل ابن قيم الجوزية على صحة الحكم بالقرائن بوقائع متعددة من القرآن الكريم والسنة النبوية وعمل الصحابة والتابعين ، ونقتصر هنا على إيراد بعض هذه الوقائع المتعلقة بمسائل جنائية .

فمن ذلك ما رواه القرآن الكريم فى قصة يوسف عليه السلام من الحكم بقرينة مكان شق القميص لإثبات الإدانة أو البراءة فى اتهامه – عليه السلام – بمراودة امرأة العزيز عن نفسها فقال تعالى : (وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قُدَّ من قُبُل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قدَّ من دُبر فكذبت وهو من الصادقين ، فلما رأى قميصه قدَّ من دُبُر قال إنه من كيدكُن ، إن كيدكنَّ عظيم) يوسف – ٢٦ – ٢٨(٤١) .

ومن ذلك اللِّعان : فإن المرأة إذا نكلت عن أيمان اللعان بعد أن يلاعن الزوج يثبت عليها بمجرد النكول حد الزنى وترجم . فنكول المرأة فى اللعان قرينة ظاهرة على صدق الزوج فيما رماها به من الزنى فجعل لعانه ونكولها فى حكم الثبوت كشهادة الشهود(٤٢) .

---

(٣٩) راجع ما قدمناه فى الفقرة رقم ٣٤ فى الباب الأول من هذه الدراسة .

(٤٠) الطرق الحكمية ، ص ٥ .

(٤١) المرجع السابق ، ص ٧ .

(٤٢) نفس المرجع ، ص ١٤ .

واحتج ابن قيم الجوزية – من السنة – لجواز الحكم بالقرائن بقضية المرأة التى خرجت تريد صلاة الصبح فى المسجد فاعتدى عليها رجل وفر هارباً ، واستغاثت برجل مر عليها . وأدركها قوم فاستغاثت بهم فأخذوها والرجلَ الذى أغاثها إلى رسول الله ﷺ فأخبرته المرأة أن الرجل قد اغتصبها ، وقال الرجل إنى كنت أغيثها على صاحبها (أى الجانى) وشهد القوم أنهم وجدوه يجرى . فقال الرجل إنما كنت أغيثها على صاحبها فأدركنى هؤلاء فأخذونى . وقالت المرأة : هو الذى وقع علىّ يا رسول الله . فأمر رسول الله بالرجل أن يقام عليه الحد . وعندئذ قام رجل آخر وقال لا تحدُّوه وحدُّونى ، فإنما أنا الذى فعلت بها[٤٣].

ويعلق على ذلك ابن قيم الجوزية بقوله : «إنّ مثل هذا – والله أعلم – إقامة الحد باللَّوْثِ الظاهر القوى (أى بالقرينة الظاهرة . . .) فانه أُدْرِكَ وهو يشتد هارباً بين أيدى القوم . واعترف بأنه كان عند المرأة . وادعى أنه كان مغيثاً لها . وقالت المرأة هو هذا . وهذا لَوْثٌ ظاهر»[٤٤].

وأجاز النبى ﷺ لأولياء القتيل أن يقسموا على عين القاتل (أى شخصه) وإن لم يروه للوْث ، ولم يدفعه إليهم[٤٥].

ونقل ابن قيم الجوزية أيضاً الحكم عن عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة بإيجاب حد الزنى بحمل المرأة التى ليس لها زوج ولا سيد ، وإيجاب حد الخمر إذا وجدت رائحة الخمر فى فم الرجل ، أو إذا قاء خمراً[٤٦]. وقال : «فالبيّنة اسم لما يبيّن الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين ، أو الأربعة ، أو الشاهد لم يوفِّ مسمّاها حقه . ولم تأت البينة قط فى القرآن الكريم مراداً بها الشاهدان . وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة . . . والشاهدان من البينة ، ولا ريب أن غيرها من البينات قد يكون أقوى منها . . . والشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال . بل من استقرأ الشرع فى مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار ، مرتباً عليها الأحكام» .

وهكذا يبدو أن الشريعة الإسلامية – والراجح فى مذاهب فقهائها – تجعل للقاضى أن يقضى

(٤٣) أخرج هذا الحديث النسائى والإمام أحمد وأبو داود والترمذى ، انظر سنن أبى داود جـ ٤ ص ١٩٠ ، ومشكاة المصابيح جـ ٢ ص ٢٩٢ – ٢٩٣ وفيها الإشارة إلى تخريج الترمذى والبيهقى للحديث وتصحيحها له . وقد صححه فى تعليقه على المشكاة المحدث الشيخ محمد ناصر الدين الألبانى .

(٤٤ و ٤٥) ابن قيم الجوزية ، المصدر السابق ، ص ٧١ .

(٤٦) المصدر نفسه ، ص ٨ .

(٤٧) ص ١٤ من المصدر السابق .

بما يثبت لديه أنه صحيح ، سواء أكان طريق الثبوت هو الشهادة أم كان غيرها من الطرق . وكذلك لا تجيز هذه الشريعة للقاضى أن يأخذ بشهادة الشهود إذا تبين له بطريق آخر أن ما شهدوا عليه لم يقع ، كأن يشهد أربعة على امرأة بالزنى ثم يتبين أنها لا تزال عذراء ، فعندئذ لا يجوز القول بأن نصاب الشهادة قد اكتمل فيجب الحكم بها . وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء .

فللقاضى أن يقدر الدليل الذى يقدم إليه فى الدعوى ، فى ضوء ظروفها وقرائن الأحوال فيها . وهو لا يقضى على أى حال إلا وقد تيقن أن ما يقضى به تثبته البينات المعروضة أمامه .

ولا يرد على هذا بأن المذاهب الإسلامية متفقة على وجوب الإثبات بالشاهدين أو الرجل والمرأتين . فقد ورد ذكر هذه الطريقة من طرق الإثبات فى القرآن الكريم فى شأن التصرفات القانونية لا فى شأن الوقائع المادية – التى هى محل الإثبات أو النفى فى المسائل الجنائية – فذكر القرآن الكريم شهادة الشاهدين أو الرجل والمرأتين فى إثبات الدين بالكتابة ، وفى الطلاق . ولاشك أن الفارق بين التصرف القانونى والواقعة المادية يؤيد التفريق بينهما فى الشهادة – أو الطريق – التى تثبت كلا منهما . فالتصرف القانونى يستعد له أطرافه ، ويعنون بتسجيله والإشهاد عليه تحسباً لأى عارض مستقبل ، أو شك فى ثبوته ، أو إنكار له . أما الوقائع المادية – وخاصة ما كان منها يشكل جريمة معاقباً عليها – فإن صاحبها يحتاط عادة لئلا تثبت عليه أو يتهم بها ، ويستخفى بها عن الناس ولايتصور أن يقدم على ارتكاب الجريمة شخص عاقل فى حضور الشهود العدول الذين يثبتون عليه بشهادتهم ارتكابها . ومن هنا كان من الواجب – منطقاً – أن يوسع فى إثبات الوقائع المادية بإجازته بكل طريق يؤدى إليه يقيناً أو قريباً من اليقين . ويضيّق فى إثبات التصرفات القانونية التى يترتب عليها حقوق فى مال الفرد وملكه وزواجه وطلاقه وأمثال ذلك[(٤٨)].

وقد قال ابن تيمية : « القرآن لم يذكر الشاهدين ، والرجل والمرأتين فى طرق الحكم التى يحكم بها الحاكم . وإنما ذكر النوعين من البينات فى الطرق التى يحفظ بها الإنسان حقه .. وما تحفظ به الحقوق شىء ، وما يحكم به الحاكم شىء . فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين والشاهد والمرأتين »[(٤٩)].

ومما يتصل بشهادة الشهود ما حاول بعض الباحثين نسبته إلى الشريعة الإسلامية من أخذها بنظام الأدلة القانونية ، أو الإثبات المقيد[(٥٠)] ولنا على هذه المسألة ملاحظتان :

(٤٨) من نسبة الفضل لأهله أن أقرر أن هذه التفرقة مما نبهنى إليه الأستاذ الدكتور أحمد محمد إبراهيم ، المستشار السابق بمحكمة النقض المصرية ومستشار وزير التعليم العالى فى المملكة العربية السعودية ، فى أثناء مناقشتنا لبعض القضايا المتعلقة بالإثبات الجنائى فى الفقه الإسلامى .

(٤٩) نقله عنه تلميذه ابن قيم الجوزية فى المصدر السابق ، ص ٨٣ – ٨٤ .

(٥٠) رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ص ٦٧٣ هامش (١) ، ومحمود مصطفى درء الحدود بالشبهات ، البحث السابق

الأولى : أنه قد تبين مما سبق فى هذه الفقرة أن الشريعة الإسلامية كما أخذت بالإثبات بأدلة معينة ، أجازت الإثبات بغيرها من الطرق والأدلة متى كانت فى دلالتها على ثبوت نسبة الجريمة إلى المتهم قاطعة أو قريبة من القطع . وهدف الشريعة من التشدد فى الإثبات هو حماية المتهم لاتقييد سلطان القاضى . بدليل أنها أباحت – فى الصحيح من مذاهب الفقهاء – أن يحكم القاضى بغير تلك الطرق المعينة (الشهادة والإقرار) وأن يهدر الدليل المستمد منها إذا تبين له عدم صدقه ، أو ظهر له بطريق قطعى مايخالفه وينفى ما أثبته .

والملاحظة الثانية : أن الشريعة الإسلامية فى اشتراطها تعدد الشهود إنما نظرت إلى مايرد على الطبيعة البشرية من نسيان وخطأ فى الواقع – فهمه أو روايته – واحتمال كذبٍ لمصلحةٍ تَعْرِضُ للشاهد ، أو هوىً يسيطر على نفسه فيدفعه إلى الميل عن الحق ، والقصد عن سبيل العدل .

ومن الجدير بالذكر أن هذا الحكم الخاص بتعدد الشهود – والذى قررته الشريعة الإسلامية – تتجه إلى الأخذ به بعض النظم الجنائية الحديثة فتشترط فى حالات معينة أن يكون هناك شاهدان على الأقل ، وفى جميع الحالات أن تتأيد شهادة الشاهد المنفرد بقرائن ظرفية . وتوجب على القاضى أن ينبه المحلَّفين – الذين يرجع إليهم تقرير الإدانة أو البراءة – إلى وجوب التثبت من دقة الشهادة وصدقها – أو وجوب تأكدها – على النحو المتقدم كلما كان الدليل الوحيد فى الدعوى هو شهادة شاهد وحيد[٥١].

وقد أخذ بهذا المذهب قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقى الصادر سنة ١٩٧١ فنص فى المادة ٢١٣ منه على أنه «لاتكفى الشهادة الواحدة سبباً للحكم مالم تؤيد بقرينة أو أدلة أخرى مقنعة أو بإقرار من المتهم ، إلا إذا رسم القانون طريقاً معيناً للإثبات فيجب التقيد به».

ومن جهة أخرى فإن الأخذ بنظام معين من نظم الإثبات لايعّد عيباً يُرْمى به النظام القانونى ، ولاميزة يمدح بها . وإنما الشأن فى طرق الإثبات جميعاً أنَّ ماكان منها مؤديًا إلى ظهور الحق كان حقيقاً بالتأييد ، وماكان حائلا دون تقصى الحق ، والفصل فى الخصومات بالعدل كان جديراً بالنقد .

وقد تبين بما لاشك فيه إقرار الشريعة الإسلامية لكل طريق من طرق الإثبات صالحة لإظهار الحقيقة يقيناً ، أو أقرب مايكون من اليقين . ويكفى ذلك فضلا لنظام الإثبات الجنائى فى الفقه

ذكره ، ص ٤ – ٥ ، والدكتور جمال الدين محمود ، قضية العودة إلى الإسلام ، ص ١٩١ – ١٩٣ .

(٥١) نعنى بذلك ما يتطلبه القانون الإنجليزى ، انظر :

Harris, Criminal Law. Op. Cit., pp. 634-637.

الإسلامى ، وهو – على كل حال – غاية ما يطمح أى نظام جنائى لتوفره لطرق الإثبات فيه .

١٣٥ – خاتمة :

انتهينا فيما تقدم من دراسة أهم القواعد المتعلقة بالإثبات الجنائى فى الشريعة الإسلامية ، وفى الفقه الإسلامى . وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة الموضوع الأخير من موضوعات هذه الدراسة «فى أصول النظام الجنائى الإسلامى» .

وقد حرصنا فى كل موضع على ذكر ما رجعنا إليه من مراجع ، غير أننا وقد أعددنا أصول هذه الدراسة متنقلين بين بريطانيا ونيجيريا والمملكة العربية السعودية ، فقد رجعنا إلى أكثر من طبعة فى بعض الكتب وعلى الأخص الكتب الأمهات فى المذاهب الإسلامية المختلفة ، ونبهنا إلى الطبعات عادة ، وفاتنا ذلك فى بعض المواضع القليلة ، وعذرنا فى ذلك هو عدم توفر ذات الطبعة فى كل مرة أردنا فيها الرجوع إلى مصدر معين .

وقد يكون فى بعض المواضع حديث نبوى صحيح ، أو رأى لمذهب أو فقيه ، أو حكم متفق عليه غير منسوب إلى مصدره من كتب الحديث ، أو الفقه المذهبى ، أو المقارن ، وقد نابنا فى ذلك ما ناب الإمام الشافعى رحمه الله مما عبر عنه فى الرسالة بقوله : «وغاب عنى بعض كتبى ، وتحقَّقْتُ بما يعرفه أهل العلم مما حفظت ، فاختصرت خوف طول الكتاب ، فأتيت ببعض ما فيه الكفاية ، دون تقصى العلم فى كل أمره» .

وكان الفراغ من تبييضه ومراجعته صباح يوم السبت .

١٩ من رجب ١٣٩٨ هـ الموافق ٢٢ يونية ١٩٧٨م بمدينة الرياض

والحمد لله رب العالمين

الفهرس

تنبيه: الأرقام التى على يمين العناوين للفقرات لا للصفحات .

الباب الأول

الباب الثالث

الباب الرابع

صفحة

الباب الخامس

رقم الإيداع	١٩٧٩/٤٥٣٢
الترقيم الدولى	ISBN ٩٧٧ - ٢٤٧ - ٨١٦ - ١

١/٧٩/١٦٥

طبع بمطابع دار المعارف (ج. م. ع.)